Nebenabreden
im Hinblick auf Formvorschriften

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M.

vorgelegt von

SCHARNHORST PETERS
Assessor

Frankfurt a. M. 1943

Erster Gutachter: Prof. Dr. Schiedermair
Zweiter „ Prof. Dr. Giese

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Dezember 1943

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.

A) Begriff und Gliederung der Nebenabreden 1
I. Begriff der Nebenabreden 1
II. Gliederung der Nebenabreden 1
1. Gliederung in formbedürftige und formfreie Abreden.
2. Gliederung der Nebenabreden nach den Entwicklungsstufen des Rechtsgeschäfts.
3. Gliederung der Nebenabreden nach der Art der rechtsgeschäftlichen Tatbestände.
4. Gliederung nach der Art des Formzwangs.
5. Gliederung nach dem Umfange des Formzwangs.
6. Gliederung nach der willensmäßigen Verschiedenartigkeit der Teile des Rechtsgeschäfts.
7. Gliederung in Ergänzungs- oder Widerspruchsabreden.
8. Gliederung in selbständige und unselbständige Nebenabreden
9. Gliederung nach den beteiligten Personen.

B) Begriff und Gegenstand des Formzwangs 4
I. Begriff des Formzwangs 4
II. Gegenstand der Formzwangs 5
1. Der Gegenstand des Formzwangs im Allgemeinen.
2. Der Gegenstand des Formzwangs im Besonderen.

C) Aufbau der Arbeit 7

1. Kapitel. Nebenabreden und Beurkundungspflicht.

1. Abschnitt. Von der Formbedürftigkeit der Vorberedungen.
A) Begriff der Vorberedungen 8
B) Von der Ausdehnung des Formzwangs auf die Punktation . . 9
I. Begriff der Punktation 9
II. Ausstrahlung des Formzwangs auf die Punktation 10
1. Kein Formzwang bei noch nicht gewollter Bindung.
2. Ausdehnung des Formzwangs auf bindende Vorverpflichtungen, insbesondere auf Vorverträge.
a) Allgemeines über bindende Vorverpflichtungen und Vorverträge.
aa) Vorverpflichtungen im Allgemeinen.
bb) Zum Begriff und der Anerkennung von Vorverträgen.
b) Zur Form der Vorverträge.
III. Teilergebnis zur Frage nach der Form der Vorberedungen. 13
IV. Ausstrahlung des Formzwangs auf Vorberedungen aus einer vorvertraglich nicht formalisierten Punktation 14

2. Abschnitt. Bei Vertragsschluß getroffene Nebenabreden im Hinblick auf Formzwang.
Vorbemerkung.
A) Die Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften 18
I. Vom Umfang des Formzwangs bei Abreden neben Geschäften mit gesetzlichem Formzwang 18
1. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abreden für das Formerfordernis.
2. Von der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, die sich auf kraft zwingenden oder dispositiven Rechts eintretende Rechtsfolgen richten.
3. Von der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, welche die formalisierte Haupterklärung erweitern oder einschränken.

II. Von der Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei Geschäften mit rechtsgeschäftlich vereinbarter Form 30
1. Die Form von Nebenabreden bei Rechtsgeschäften mit bloß angewandter Form.
2. Die Form von Nebenabreden bei Rechtsgeschäften mit gewillkürtem, regelrechtem Formzwang.
B) Nebenabreden und Formbedürftigkeit bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften 33
I. Nebenverträge und Formzwang 33
II. Praktische Beispiele und Fälle zur Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenverträgen 37
3. Abschnitt. Nachträgliche Abreden als Gegenstand des Formzwangs.
A) Allgemeines über Nachtragsabreden 44
I. Begriff der Nachtragsabreden 44
II. Das Verhältnis der Nachtragsabreden zum Inhalt des Urvertrags 45
B) Der Formzwang bei Nachtragsabreden 46
I. Vom Formzwang bei Nachtragsabreden im Allgemeinen . 46
II. Ausnahmen 48
III. Ergebnis 48
4. Abschnitt. Die Nebenabreden der Vertreter. (Anhang).
A) Die Nebenabreden der abschlußbevollmächtigten Vertreter . . 49
I. Allgemeines 49
II. Im Besonderen: Die Nebenabreden der Handlungsreisenden und -agenten mit Abschlußvollmacht 50
B) Nebenabreden von Vertretern ohne Abschlußvollmacht . . . 51
I. Nebenabreden völlig unselbständiger Mittelspersonen . . . 51
II. Nebenabreden der Vermittlungsagenten und Geschäfts- oder Handlungsreisenden 52
1. Der Grundsatz der mangelnden Bindung des Prinzipals bei Nichtaufnahme der Nebenabreden des Vertreters in den Bestellschein.
2. Ausnahmen von dem Grundsatz der mangelnden Bindung.

2. Kapitel. Die Formalisierung der Nebenabreden.
Vorbemerkung.
1. Abschnitt. Die verschiedenen Beurkundungsarten.
A) Die private Beurkundung 54
I. Die private Beurkundung in einfacher Schriftform 55
II. Die Form der privaten Beurkundung mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift 56
B) Die öffentliche Beurkundung 56
I. Die Fälle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung i. S. von § 128 BGB 56
II. Die Fälle der öffentlichen Beurkundung im übrigen . . . 57
2. Abschnitt. Die verschiedenen Wege zur Formalisierung.
A) Die Formalisierung durch Beurkundung der gesamten formbedürftigen Erklärungsteile des Rechtsgeschäfts, einschließlich der Nebenabreden 58
(Unmittelbare Formalisierung)
B) Die Formalisierung von Nebenabreden durch Aufnahme einer Rumpfurkunde mit Verweisungsklausel 59
(Mittelbare Formalisierung)
I. Die Stellungnahme von Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage der mittelbaren Formalisierung 59
1. Die Stellungnahme der Rechtsprechung.
2. Die Stellungnahme des Schrifttums.

II. Eigene Stellungnahme 61
1. Kritik der herrschenden Meinung.
2. Entwicklung der eigenen Grundsätze für die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit mittelbarer Formalisierung durch Verweisung.

3. Kapitel. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts als regelmäßige Folge der Verletzung der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich vorgeschriebenen Form.
Vorbemerkung.
1. Abschnitt. Die Wirkung formnichtiger Nebenvereinbarungen auf den Bestand des Formalgeschäfts.
A) Die Formungültigkeit von Vorberedungen in ihrer Wirkung auf den Bestand des Formalgeschäfts 67
B) Die Wirkung formnichtiger, bei Vertragsschluß getroffener Nebenabreden auf das beurkundete Rechtsgeschäft 68
C) Formwidrige Nachtragsabreden und ihre Rückwirkungen auf den formalisierten Urvertrag 71
2. Abschnitt. Die Nichtigkeit, ihr Begriff und Wesen und die Rechtsbehelfe zur Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit.
A) Begriff und Wesen der Nichtigkeit 73
I. Begriff der Nichtigkeit 73
II. Wesen der Nichtigkeit 73
1. Allgemeines.
2. Berufung auf die Nichtigkeit; negative Feststellungsklage und Nichtigkeitsklage.
a) Berufung auf die Nichtigkeit.
b) Negative Feststellungsklage und Nichtigkeitsklage.
3. Die Wirkung der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das Erfüllungsgeschäft.
4. Ausgleichsansprüche der Beteiligten bei Nichtigkeit von Rechtsgeschäften.
B) Die Rechtsbehelfe zur Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit 79
I. Milderung durch die Möglichkeit der Umdeutung und Heilung 79
1. Die Umdeutung nichtiger Rechtsgeschäfte.
2. Die Heilung formnichtiger Rechtsgeschäfte.
II. Die Einrede der Arglist als Rechtsbehelf gegenüber der Berufung auf Formmängel und auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts 86
1. Allgemeines zum Begriff und Wesen der Arglisteinrede.
2. Der Grundsatz von Treu und Glauben als Grundlage für die Zulassung der Arglisteinrede.

Schluß. Der Nachweis von Nebenabreden.
A) Der Nachweis der Nebenabreden im Allgemeinen 90
Vorbemerkung.
I. Die Stellungnahme der Rechtsprechung zur Frage des Nachweises von Nebenabreden 90
II. Die Stellungnahme des Schrifttums 91
III. Eigene Stellungnahme 93
B) Beschränkung des Nachweises von Nebenabreden gegenüber Bestätigungsschreiben 94
I. Die Unzulässigkeit des Nachweises von Nebenabreden als allgemeiner Grundsatz 94
II. Ausnahmen von dem Grundsatz des unzulässigen Nachweises von Nebenabreden gegenüber Bestätigungsschreiben 94

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 16. Aufl., Berlin 1941.

Adler, Hans, Die Maklerprovision beim Grundstückskauf und Beurkundungspflicht: JW. 1937, 1301.

Baumbach, Adolf: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., Berlin, München 1941.

Biermann, Johannes: Bürgerliches Recht, Bd. 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.

Brückner: Inwieweit sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich neben schriftlichen oder neben gerichtlich oder notariell beurkundeten Verträgen mündliche Vor- und Nebenberedungen von Wirksamkeit? In: Recht 1900, 342.

Buck, Ludwig: Bedarf die nachträgliche Vereinbarung einer Herabsetzung des Mietzinses, wenn sie auf länger als ein Jahr gelten soll, der Schriftform des § 566 des Bürgerlichen Gesetzbuches? In: Gruch. Beitr. Bd. 48, 723.

Cosack und Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7 und 8. Aufl., Jena 1932 und 1927.

Crome, Karl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Tübingen und Leipzig 1900.

Danz, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3. Aufl., Jena 1911.

Doerr: Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche. In: Seuff. Bl. Bd. 70, 620.

Ebbecke: Formvorschriften. Recht 1911, Sp. 633.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (ROHG).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ; soweit die anderen Zeitschriften zitiert, RG).

Frei, Leopold: Zur Lehre von der gesetzlichen und der gewillkürten Form der Rechtsgeschäfte. Erlanger Dissertation, München 1906.

Friedrich, Martin: Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869/26. Juli 1900 mit Durch- und Ausführungsverordnungen, 51. Aufl., Leipzig 1942.

Friedrichs, Karl: Vertragsrecht, Berlin 1927.

Hachenburg, Max: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97, 2. Aufl. Mannheim 1900.

Hatschek, Julius: Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. veränderte Aufl., Leipzig 1931.

Henle, Rudolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Schuldrecht), Rostock 1934.

Höchstrichterliche Rechtsprechung, seit 1928 Beilage zur Juristischen Rundschau; seit 1935 zur Deutschen Justiz. (HRR).

Hoeniger: Zum Problem der Formgültigkeit. In: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 1909, 333.

Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Nov. 1933, Bd. 1, 16. Aufl., Tübingen 1938.

Kiehl: Formerfordernis betreffs der mit einem Grundstücksveräußerungsvertrage verbundenen Nebenverträge. Recht 1923, Sp. 90 ff.

Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Berlin 1906.
Koenige-Teichmann-Koehler: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1936.
Lange, Heinrich: Die Eindämmung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. In: Arch. Ziv. Prax., Neue Folge, Bd. 24 oder Gesamtfolge, Bd. 144, 149 ff.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.
Lippmann, F.: Die Schriftform bei Miet- und Pachtverträgen. In: Gruch. Beitr. Bd. 70, 169.
Lobe, Adolf: Die Form der Rechtsgeschäfte nebst einem Verzeichnis der formbedürftigen Rechtsgeschäfte.
Manigk, Alfred: Irrtum und Auslegung, Berlin 1918.
Manigk, Alfred: Unwirksamkeit, Ungültigkeit. In: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Alexander Elster, Bd. 6, 292.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1 und 3, Allgemeiner Teil, amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896.
Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 1912.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, Marburg 1931.
Oberneck, Hermann: In: JW. 1920, 374 zu 3.
Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Abt., 5. Aufl., Berlin 1928 und 1929.
Ott, Siegfried: Handbuch des gesamten Grunderwerbssteuerrechts, 4. Aufl. München-Berlin 1936.
Palandt, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. neubearbeitete Aufl., München-Berlin 1941.
Staub-Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1932; Bd. 3, 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1933.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913; Bd. 2, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1914; Bd. 2, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, Berlin 1897/98, Bd. 1 und 2.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG; so auch gekürzt, wenn in Zeitschriften zitiert).
Regelsberger, Ferdinand: Gesetz und Rechtsanwendung. In: Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 58, 171.
Reichel, Hans: Die Mäklerprovision, München 1913.
— —: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB). In: Arch. Ziv. Prax. Bd. 104, 1.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 u. 2, 9. Aufl., Berlin 1939. (RGR-Kom.).
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1 u. 3, Berlin 1940 u. 41 (RGR-Kom. zum HGB).
Roquette: Streifzüge durch das Mietrecht. In: JW. 1938, 152 ff.
Rumpf: Richterliche Freiheit bei Formnichtigkeit. In: JW. 1938, 2579 ff.
Schlegelberger, Franz: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1939.

Schloßmann: Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte. In: Iherings Jahrbuch der Dogmatik, Bd. 45, Nr. 1.
Schneider, Konrad: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB, München 1902.
Soergel, Hs. Th.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, 6. Aufl., Stuttgart-Leipzig-Berlin 1937.
Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1936; Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1930; Bd. 2, Recht der Schuldverh., 2. Teil, 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1937; Bd. 2, Recht der Schuldverh., 3. Teil, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1929.
Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift), herausgegeben von Dr. H. Reinach, München 1927.
Stinzing, W.: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, 1. Teil, Jena 1903.
Sydow-Busch: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 22. Aufl., Berlin 1941.
Tasche: Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß? Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 90 (1943). S. 101.
Titze. Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.
Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. Hälfte, München-Leipzig 1914.
Vossische Zeitung: (Recht und Leben) vom 28. Juni 1928.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1930; Kurzkommentar, 10. Aufl., Berlin 1942 (in den Fußnoten durch den Zusatz: Handausgabe, gekennzeichnet).
Weigerlin: Die Bedeutung mündlicher Abreden neben Bestellscheinen. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 109, S. 142 ff.
Zitelmann, Ernst: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

Einleitung

Für den Leser eines Buches, insbesondere aber einer wissenschaftlichen Abhandlung, ist es zweckmäßig und zugleich erleichternd, wenn er vor dem Eintritt in den eigentlichen Stoff erfährt, worauf er seine Aufmerksamkeit zu richten hat, m. a. W., welchen Problemen er gegenübergestellt wird. Das soll auch hier geschehen.

Drei Fragen sind es, die deshalb gleich in der Einleitung aufgeworfen und hier Beantwortung finden sollen, einmal die Frage nach dem Begriff und der Gliederung der Nebenabreden, sodann diejenige nach dem Begriff und Gegenstand des Formzwangs und schließlich die Frage nach dem Aufbau der Arbeit.

A) Begriff und Gliederung der Nebenabreden

I. Begriff und Nebenabreden

Unter Nebenabreden sind Parteivereinbarungen zu verstehen, die im Zusammenhange mit einem Formalgeschäft getroffen worden sind, ohne daß sie Aufnahme in der Geschäftsurkunde gefunden haben, deren willensmäßiger Gehalt aber einen so engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft hat, daß er sich nicht als Gegenstand eines neuen, selbständigen Vertrages darstellt.

In der Regel werden Nebenabreden in einer gegenüber der Form des Hauptgeschäfts schwächeren Form getroffen. Zuweilen kommt es aber auch vor, daß die Nebenabreden in der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form abgefaßt werden, ohne daß die Parteien im Hauptgeschäft oder in den Nebenvereinbarungen den beiderseitigen Zusammenhang der zusammengehörigen Willenserklärungen klar zum Ausdruck bringen. Aus dem Gesagten erhellt, daß für die Nebenabreden in der Regel zwar die Nichteinhaltung der für den Hauptvertrag bestimmten Form charakteristisch ist, daß aber die Niederlegung des außerhalb der Vertragsurkunde Vereinbarten in einer den Formerfordernissen des Hauptvertrages genügenden weiteren Urkunde sich gleichwohl als Nebenabrede darstellen kann.

II. Gliederung der Nebenabreden

1. Gliederung in formbedürftige und formfreie Abreden

Die augenfälligste Unterscheidung der Nebenabreden in zwei Hauptgruppen drängt schon die Themenstellung der Arbeit auf. Wenn hier die Aufgabe gestellt wird, die Ausdehnung des Formzwangs auf Nebenerklärungen zu untersuchen, so liegt es nahe, eine Aufteilung in formbedürftige und formfreie Nebenabreden vorzunehmen. Im Verlaufe der Arbeit wird sich zeigen, daß diese

Aufteilung wegen der Verschiedenartigkeit der Gesichtspunkte, nach denen Willenserklärungen formbedürftig oder formfrei sein können, aufbaumäßig aber praktisch nicht durchführbar ist.

2. Gliederung der Nebenabreden nach den Entwicklungsstufen des Rechtsgeschäfts

Nach den drei Entwicklungsstufen des Rechtsgeschäfts, zu dem die Nebenvereinbarungen gehören, sind drei Gruppen zu unterscheiden, nämlich die vor dem Zustandekommen des Formalgeschäfts vereinbarten, die zeitlich mit dem Vertragsschluß zusammenfallenden und schließlich die dem Vertragsschluß zeitlich nachfolgenden Abreden, auch Nachtrags- oder Aenderungsabreden genannt. Gegenüber der Darstellung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Formalvertrag und den bei Vertragsschluß getroffenen Nebenabreden wird diejenige über das Verhältnis der Vor- und Nachtragsabreden den kleineren Raum einnehmen, da unter Nebenabreden im engeren Sinne nur die bei Vertragsschluß getroffenen Nebenvereinbarungen zu verstehen sind. Das Gesagte gilt besonders im Hinblick auf die Vorberedungen, da diese häufig nach der Formalisierung des endlich gewollten Vertragsinhalts nicht mehr als aufrecht erhalten gelten können. Anders steht es um die Nachtrags- oder Aenderungsabreden. Wenn sie auch nicht in allen Punkten dieselbe Bedeutung haben, wie die bei Vertragsabschluß getroffenen, also die eigentlichen Nebenabreden, so sind doch die an sie geknüpften Rechtsfolgen zum Teil und z. B. bei dem nach § 566 BGB formbedürftigen Mietvertrag die gleichen.

3. Gliederung der Nebenabreden nach der Art der rechtsgeschäftlichen Tatbestände

Nach der Art der in einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand vereinigten Willenserklärungen unterscheidet man Nebenabreden neben von Natur aus einheitlichen und solche neben zusammengesetzten Rechtsgeschäften. Da die Nebenabreden im letzteren Falle eigene Essentialien enthalten, spricht man hier auch von Nebenverträgen.

4. Gliederung nach der Art des Formzwangs

Nach den beiden Arten des Formzwangs, nämlich dem gesetzlichen und dem rechtsgeschäftlichen Formzwang lassen sich die Nebenabreden gliedern in Vereinbarungen neben Geschäften mit gesetzlichem oder rechtsgeschäftlichem (gewillkürtem) Formzwang.

5. Gliederung nach dem Umfang des Formzwangs

Im Hinblick auf den Umfang der jeweils in Frage kommenden Formvorschrift lassen sich die Nebenabreden einteilen in solche, die zu einem einseitig und solche, die zu einem allseitig formbedürftigen Rechtsgeschäft gehören. Dabei sind für das einseitig formbedürftige Rechtsgeschäft wieder die beiden Fälle denkbar,

daß die Nebenabreden sich entweder auf die Erklärungen desjenigen beziehen, der seinen rechtsgeschäftlichen Willen formfrei kundtun kann, z. B. auf die Erklärungen des Annehmers eines Schenkungsversprechens oder einer Bürgschaftserklärung, oder daß sie sich auf dem formbedürftigen Geschäftsteil richten, in den vorbenannten Beispielen also vom Schenker oder Bürgen zu erklären sind.

6. Gliederung nach der willensmäßigen Verschiedenartigkeit der Teile des Rechtsgeschäfts

Nach der willensmäßigen Verschiedenartigkeit der rechtsgeschäftlichen Teile ergibt sich eine Gliederung der Nebenvereinbarungen einmal in für das Rechtsgeschäft wesentliche und unwesentliche Abreden, zum andern in Vereinbarungen, die sich auf kraft zwingenden oder dispositiven Gesetzesrecht eintretende Rechtsfolgen richten und schließlich in solche, die die Haupterklärung entweder erweitern oder einschränken.

7. Gliederung in Ergänzungs- oder Widerspruchsabreden

Je nachdem, ob die Nebenabreden den in der Erklärung des Hauptvertrages zum Ausdruck kommenden Willen in seiner Richtung bestärken oder aber dieser Richtung zuwiderlaufen, ergeben sich zwei Gruppen, die Gruppe der Ergänzungs- und diejenige der Widerspruchsabreden. Haben die Parteien den Widerspruch in der zeitlich mit dem Hauptvertrag zusammenfallenden Nebenabrede bewußt herbeigeführt, dann ist der Hauptvertrag ein Scheinvertrag und für die Beurteilung des Formerfordernisses der in der Nebenabrede zum Ausdruck kommende Wille ausschlaggebend. Denkbar ist aber auch, daß der zwischen Hauptvertrag und Nebenabrede bestehende Zwiespalt den Vertragsschließenden nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Eine andersgerichtete Beurteilung hinsichtlich des Formerfordernisses folgt daraus nicht.[1]

8. Gliederung in selbständige und unselbständige Nebenabreden

Im Schrifttum findet sich, wenn auch selten, neben den bisher aufgezeigten Gliederungsmöglichkeiten noch eine weitere in selbständige und unselbständige Nebenabreden, wobei man die erstere Gruppe begrifflich auch als Sonderabreden bezeichnet. Darunter sollen solche Vereinbarungen verstanden werden, die nur bei Gelegenheit des Abschlusses eines Formalvertrages getroffen werden, die aber weder rechtlich noch wirtschaftlich etwas mit dem Formalvertrage zu tun haben. Schon daraus aber folgt die Sinnlosigkeit der besonderen begrifflichen Erfassung; denn es ist kein Grund

1) Vergl. Seuf. A. 7, Bd. 77, 180.

ersichtlich, die Sonderabreden nur deshalb begrifflich von andern selbständigen Verträgen zu unterscheiden, weil sie zufällig zusammen mit einem Formalvertrage vereinbart worden sind. Außerdem kann ein vom Formalvertrag rechtlich völlig unabhängiges Rechtsgeschäft diesen bei Formverletzung niemals in seinem Bestande beeinflussen. Gerade um diesen Einfluß aber geht es hier. Er bildet eines der Hauptprobleme der vorliegenden Arbeit. Für die Frage nach dem Formzwang kommen deshalb nur Abreden in Betracht, die eine rechtlich-wirtschaftliche Einheit mit dem formgeschäftlichen Erklärungskomplex bilden; denn nur hier kann die Frage nach der Formbedürftigkeit auch der Nebenerklärungen zur Beantwortung stehen.

9. Gliederung der Nebenabreden nach den beteiligten Personen

Schließlich lassen sich noch nach den Personen, welche die in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgeben, den von den Vertragschließenden selbst getroffenen Vereinbarungen diejenigen gegenüberstellen, die von Mittelspersonen, Vertretern, erklärt werden.

Nach der Frage nach dem Begriff und der Gliederung der Nebenabreden können wir nunmehr zur Beantwortung der zweiten einführenden Frage schreiten, nämlich zu derjenigen nach dem Begriff und dem Gegenstande des Formzwanges.

B) Begriff und Gegenstand des Formzwangs

I. Begriff des Formzwangs

Die Antwort auf die Frage, was unter Formzwang zu verstehen ist, folgt am klarsten aus einer Gegenüberstellung zwischen Formzwang und Formfreiheit.

Im Gegensatz zum öffentlichen Recht ist unser Privatrecht vorwiegend vom Prinzip der Formfreiheit beherrscht. Es versteht unter Formfreiheit die Möglichkeit, den auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichteten Willen in jeder für die Beteiligten nur verständlichen Weise rechtsverbindlich zu erklären. Der Formfreiheit gegenüber muß also der Formzwang, den unser Privatrecht auch in zahlreichen Fällen kennt, so z. B. beim Grundstückskauf, beim langfristigen Miet- oder Pachtvertrag, beim Schenkungsversprechen, bei der Bürgschaft, vor allem aber im Familien- und Erbrecht, die Rechtswirksamkeit der auf die Rechtsfolge gerichteten Willenserklärung von deren Abgabe in einer ganz bestimmten Weise abhängig machen, und zwar dadurch, daß er die private oder öffentliche Beurkundung der Erklärungen zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhebt, wie dies auch gesetzlich geschieht. Wir können danach sagen:

Formzwang ist die für die Parteien des Rechtsgeschäfts bestehende Notwendigkeit, ihre auf die Herbeiführung von Rechtsfol-

gen gerichteten Willenserklärungen zu deren Wirksamkeit urkundlich zum Ausdruck zu bringen.

Aus dem Prinzip der Formfreiheit folgt, daß es außer dem gesetzlichen Formzwang auch einen solchen aufgrund freiwilliger Uebereinkunft, den rechtsgeschäftlichen oder gewillkürten Formzwang geben muß; denn wenn sich die Parteien ihre Erklärungsweise frei wählen können, dann auch die der urkundlichen Fassung.

Der Zwang kann nun ein unmittelbarer oder mittelbarer sein. Das läuft auf die Frage hinaus, in welcher Art die Rechtsordnung die Einhaltung der Form durchsetzt.

Unser Privatrecht kennt im allgemeinen keinen unmittelbaren Formzwang, denn in der Regel sieht die Rechtsordnung von der Durchsetzung der Einhaltung der Formvorschriften bei Rechtsgeschäften durch Anwendung staatlicher Gewalt ab. Soweit einmal die Nichteinteilung einer vorgeschriebenen Form unter Strafe gestellt wird, — in seltenen Fällen nur wendet der Gesetzgeber dies Mittel an, so in den §§ 8, 43, 44 des Reichsgesetzes über das Auswanderungswesen vom 9. Juli 1897, und beim Lehrvertrag gem. § 150 Gewerbeordnung[2], kann man auch von einem unmittelbaren Formzwange sprechen, aber auch nur in diesen Fällen. Im übrigen erzwingt das Gesetz die Befolgung der Formvorschriften dadurch, daß es im Falle der Nichteinhaltung der Form dem beabsichtigten Rechtsgeschäft entweder ganz oder zu einem Teil die gewollte Rechtswirkung entzieht, oder dadurch, daß es an das entgegen der Formvorschrift formlos abgeschlossene Rechtsgeschäft eine andere als die gewollte Rechtsfolge knüpft. Diesen Weg der Erzwingung der Formeinhaltung können wir als mittelbaren Formzwang bezeichnen.

II. Gegenstand des Formzwangs

1. Der Gegenstand des Formzwangs im Allgemeinen

Als Gegenstand des Formzwangs kann man nur das kraft des Rechtsgeschäftes oder das von der Rechtsordnung dafür Ausersehene betrachten. Scheiden wir zunächst einmal alles aus, was nicht für die Regeln des Formzwangs in Frage kommt:

Kein Formzwang ist gegeben, wo die besondere Form, wie in § 18 Ehegesetz, nur durch eine Ordnungsbestimmung verlangt wird. Auch da, wo einem Rechtsinstitut eine bestimmte Form an sich schon wesentlich ist, beispielsweise bei der Auslobung die öffentliche Bekanntmachung, oder bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber die Einhaltung der Schriftform, ist für die Anwendung der Regeln des Formrechts kein Raum. Auszuscheiden haben wir aus der Betrachtung auch die von Hatschek anerkannten Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts[3], unter denen wir alle, wenn auch auf Ordnung privater Rechtsverhältnisse gerichteten Akte zu ver-

2) Vgl. Friedrich, Erläuterungen zu § 150 GWO.
3) Vgl. Hatschek, J., § 2, II, S. 7; § 9, V, S. 61.

stehen haben, welche nicht durch die Parteien selbst, sondern durch die staatlichen — oder gemeindlichen — Gerichte und Behörden in Ausübung amtlicher Funktionen geschehen; denn der öffentlich-rechtliche Zweck der Formvorschriften für die publizistischen Rechtsakte wird dem Formzwang eine möglichst ausgedehnte Tendenz beilegen. Anders als auf dem Gebiete des Privatrechts wird er dort im Zweifel ausschlaggebend sein.[4]

Das soll nicht besagen, daß es Rechtsgeschäfte nur im Privatrecht gibt, wie es der RGR Kommentar unrichtig formuliert[4a], sondern für die vorliegende Arbeit wegen der allgemeinen Formtendenz der Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts lediglich auf die Entbehrlichkeit einer Untersuchung der Frage nach der Formbedürftigkeit zu publizistischen Rechtsakten gehöriger Nebenabreden hinweisen. Zur Untersuchung stehen soll hier also nur die Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, die in Verbindung mit Rechtsgeschäften des Privatrechts getroffen werden, weil die privatrechtlichen, mit Formzwang für Rechtsgeschäfte sich befassenden Normen, uneingeschränkt auch nur auf die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der privaten anwendbar sind.

Nicht mit den von Hatschek als Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts gekennzeichneten Verwaltungsakten zu verwechseln sind die amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen.[5] Für sie kommen die Regeln des Formzwangs genau wie für die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte in Betracht. Die Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, die in rechtlich-wirtschaftlichem Zusammenhange mit den privatrechtlichen Rechtsgeschäften und den eben erwähnten amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen stehen, ist also der Gegenstand der Erörterungen in der vorliegenden Arbeit.

Daß die Frage nach der Ausdehnung des Formzwangs sich auch für die Nebenabreden notwendig ergibt, folgt aus der Natur des Rechtsgeschäfts.

2. Der Gegenstand des Formzwangs im Besonderen

Wenn wir vorstehend dargelegt haben, daß als Gegenstand des Formzwangs ganz allgemein das „Rechtsgeschäft" in Betracht kommt, so können wir nunmehr aus der Natur des Rechtsgeschäfts im Besonderen feststellen, daß sich der Formzwang in der Regel auf die das Rechtsgeschäft ausmachende private Willenserklärung richtet[5a]; denn nach unserer Rechtsordnung tritt der mit

4) Vergleiche Staudinger, Einl. vor § 104 BGB, Randzif. 18, S. 481; Palandt, Ueberblick vor § 104, 2a, S. 66;

4a) RGR-Kom., Vorbemerkung 3 vor § 104, S. 193: „Gegenstand des Rechtsgeschäfts kann nur ein privates Rechtsverhältnis sein".

5) Bezeichnung stammt von Zitelmann. Vgl. Zitelmann, Allgemeiner Teil, S. 93.

5a) Eine Ausnahme von der Regel bilden z. B. die Fälle der Uebertragung von Grundeigentum, wo privater Akt (Auflassung) und behördlicher Akt (Grundbucheintragung) als gleichwertige Teile des Rechtsgeschäfts nebeneinander stehen.

dem Rechtsgeschäft bezweckte Erfolg ein, weil er gewollt ist, wobei das Gewollte in der Erklärung zum Ausdruck gebracht wird. Was gewollt ist, muß also jeweils aus der Gesamtheit der sich auf die Herbeiführung des Rechtserfolges gerichteten Erklärungen, mithin auch aus den neben dem Urkundeninhalt liegenden Nebenabreden gefolgert und danach der Umfang der Formbedürftigkeit des geäußerten Rechtsfolgewillens bestimmt werden; denn das Ziel des Formzwangs ist, alles zu erfassen, was die Parteien zur Kundgabe ihres auf die gewollte Rechtsfolge gerichteten Willens zum Ausdruck bringen müssen. Dies für die Nebenabreden festzustellen, ist hier die Aufgabe. Wenn nämlich die Nebenabrede trotz Formbedürftigkeit formfrei getroffen ist und daher gem. § 125 BGB der Nichtigkeit verfällt, so kann sie, je nach ihrer Lage zum Hauptgeschäft dies in seinem Bestande bedrohen, dann nämlich, wenn Nebenabrede und Hauptgeschäft eine von Natur aus gegebene Einheit bilden (§ 125 BGB). Aber auch, wo dies nicht der Fall ist, wie in den Typenfällen des § 139 BGB, wo es sich um zusammengesetzte Geschäfte handelt, ist die Bedrohung des Bestandes des Hauptgeschäfts durch die Nichtigkeit formwidriger Abreden keine unbeträchtliche, da ja auch hier das Hauptgeschäft nur dann erhalten bleiben soll, wenn es ohne den nichtigen Teil gewollt sein würde.

C) Aufbau der Arbeit

Schon die aus den vielfältigen Gliederungsmöglichkeiten der Nebenabreden ersichtliche Fülle des Stoffes läßt die Frage des Aufbaus der Arbeit brennend werden.

Einmal ist das willensmäßige Verhältnis der Nebenabreden zu den übrigen vertraglichen Willenserklärungen klarzustellen und dabei nach der Themenstellung die Frage nach deren Formbedürftigkeit zu beantworten. Dies soll im ersten Kapitel erfolgen. Dabei wird in Anlehnung an die Entwicklungsstufen des Rechtsgeschäfts die Haupteinteilung dieses Kapitels drei Abschnitte ergeben, nämlich einen über die Formbedürftigkeit der vor Vertragsschluß getroffenen Abreden, einen über die Frage nach dem Formzwang bei Abreden, die neben dem bereits vollendeten Vertrage vereinbart werden und einen Abschnitt über die Formbedürftigkeit von Nachtragsabreden. Die anderen Gesichtspunkte, nach denen sich die Nebenabreden gliedern lassen, werden innerhalb dieses Kapitels an geeigneter Stelle auf ihre Bedeutung für die Beantwortung der Frage nach dem Umfang des Formzwanges hervorgehoben.

Aber mit der Feststellung der Formbedürftigkeit von Nebenabreden ist es allein nicht getan. Diese Frage wirft vielmehr eine weitere auf, nämlich diejenige nach den Formalisierungsmöglichkeiten. Diese Frage soll im zweiten Kapitel Erörterung finden.

Im dritten Kapitel soll im Hinblick auf die Vorschriften der

§§ 125 und 139 BGB dann die Frage nach der Wirkung formnichtiger Nebenabreden auf den Bestand des formalisierten Geschäftsinhalts zur Beantwortung kommen. Im Rahmen dieses Kapitels muß auch das Wesen der Nichtigkeit eine allgemeine Würdigung erfahren. Daß hier auch Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichtigkeit hervorzuheben sind, bedarf kaum der Erwähnung.

Den Schluß der Arbeit sollen Erörterungen über die Frage nach der Nachweisbarkeit von Nebenabreden bilden. Der sich mit der Formbedürftigkeit von Nebenvereinbarungen Befassende darf diese Frage nicht übergehen. In vielen Fällen ist nämlich unter den Parteien in tatsächlicher Hinsicht streitig, ob eine Nebenvereinbarung getroffen ist. Die Frage, ob die Parteien neben dem urkundlich niedergelegten Inhalt ihrer Erklärungen noch Nebenvereinbarungen getroffen haben oder nicht, ist zwar eine Sache der Beweiserhebung oder -würdigung. Eine Frage des materiellen Rechts aber ist es, ob und unter welchen Voraussetzungen es zur Beweiserhebung über die von der einen Partei behaupteten und vom andern Vertragspartner bestrittenen Nebenabrede überhaupt kommen kann. Da praktisch die Nebenabrede für den gesamten Formalbetrag erst dann bedeutsam wird, wenn Raum für ihre Berücksichtigung geschaffen ist, so dürfen die Voraussetzungen, die dafür vorliegen müssen, nicht unerörtert bleiben.

1. Kapitel: Nebenreden und Beurkundungspflicht

1. Abschnitt: Von der Formbedürftigkeit der Vorberedungen

A) Begriff der Vorberedungen

Gelegentlich der Ausführungen über die Gliederungsmöglichkeiten der Nebenabreden haben wir ganz allgemein festgestellt, daß unter Vorberedungen die vor Vertragsschluß getroffenenen Vereinbarungen verstanden werden (Vorberedungen im weiteren Sinne). Zu ihnen gehören die Vorverträge und die überhaupt gelegentlich der Punktation des Hauptvertrags abgegebenen Erklärungen, wie etwa Verpflichtungserklärungen auf spätere Eingehung von Grundstückskauf, Verträgen, langfristigen Grundstücksmiet- und Pachtverträgen, die punktationsweise Festlegung von Bedingungen, Zeitbestimmungen usw.

Vorberedungen im engeren Sinne, also im Sinne von Nebenabreden, sind aber nur die Vereinbarungen aus der Punktation, die neben den formalisierten übrigen Vertragspunkten, gleichgültig nun, aus welchem Grunde, nicht mitformalisiert worden sind, dennoch aber aufrechterhalten werden sollen. Sie können der gewöhnlichen Punktation entstammen oder aber bereits stärker präzisierten, vor dem ordentlichen Vertragsschluß liegenden Verein-

barungen, den sogenannten Vorverträgen, wie etwa die Verpflichtung des künftigen Vermieters oder Verpächters, dem Mieter oder Pächter für eine gewisse Zeit im Hinblick auf notwendige Grundstücksinstandsetzungen Baumaterialien zu liefern, Zuschüsse zu leisten, den Miet- oder Pachtzins nur zum Teil einzufordern oder Arbeitskräfte für die Instandsetzung zu stellen; die Vorverpflichtung des Verpächters, dem Gutspächter für eine gewisse Zeit bei der Schaffung von Absatzmöglichkeiten für die landwirtschaftlichen Erzeugnisse des Gutes behilflich zu sein; die Vorverpflichtung des künftigen Bürgen im Falle der Eingehung der Bürgschaft Konten am Wohnsitz des Gläubigers anzulegen und dem Gläubiger von der Eingehung oder der Fälligkeit der Bürgschaftsschuld an ein Mietverfügungsrecht einzuräumen usw. Die folgenden Untersuchungen sollen zeigen, ob und inwieweit sich der Formzwang des Hauptgeschäfts schon auf die Punktation erstreckt. Aus dieser Untersuchung wollen wir die Richtlinien für die Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit der Vorberedungen im engeren Sinne, also der Vorberedungen im Sinne von Nebenabreden, gewinnen.

B) Von der Ausdehnung des Formzwangs auf die Punktation

I. Begriff der Punktation

Zunächst erhebt sich die Frage: Was ist Punktation?

Jedes Rechtsgeschäft hat seine Entwicklung. Ein Vertrag ist nicht gleich fertig, er kommt vielmehr erst nach und nach zustande. Bevor es zum eigentlichen Vertragsschluß kommt, pflegen die Parteien sich erst einmal in vorläufiger Weise über die von ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen zu erklären und dabei von einer Teileinigung zur andern zu gelangen, bis endlich über alle Vertrags„punkte" Einigkeit erzielt wird. Bei formfreien Rechtsgeschäften ist dies gem. § 154 BGB der Zeitpunkt des Zustandekommens. Beim Formalgeschäft fehlt dazu noch das Erfordernis der Formalisierung. Bei ihm heben sich Punktation und Vertragsschluß daher auch stärker gegeneinander ab. Der zu erwartende Akt der Beurkundung des erklärten Willens läßt häufig sogar bei der Punktation formeller Geschäfte die Parteien zur Aufzeichnung der einzelnen Punkte schreiten. Diese Aufzeichnung geschieht aber nicht nur bei Formalgeschäften sondern auch bei formfreien Verträgen, sobald nämlich deren Inhalt größere Anforderungen an das Gedächtnis der Vertragspartner stellt. Unter Punktation versteht man daher im allgemeinen die schriftliche Festlegung derjenigen Punkte im Laufe der Vertragsverhandlungen, über die sich jeweils Einigkeit unter den Parteien ergeben hat, und, da oft nur die wichtigsten Vertragspunkte schriftlich festgelegt werden, verstehen manche unter Punktation auch nur die Aufzeichnung der für den Vertrag bedeutendsten Erklärungen. In der Regel wird es sich um diejenigen Ab-

reden handeln, die an das Gedächtnis die stärksten Anforderungen stellen.

Wie steht es nun mit dem Formzwange bei der Punktation?

II. Ausstrahlung des Formzwangs auf die Punktation

1. Kein Formzwang bei noch nicht gewollter Bindung

Im allgemeinen kann es keine Ausstrahlung des Formzwangs vom fertigen Geschäft auf die Vorbereitung desselben, also auf die Punktation geben; denn gem. § 154 BGB kommt der Vertrag erst mit voller Einigkeit über alle Punkte zustande, beim Formalgeschäft also mit der formellen Einigung. Solange sie nicht gegeben ist, können die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht eintreten, und solange die Rechtsfolgen nicht eintreten können, hat die Rechtsordnung kein Interesse an der Formalisierung der Willenserklärungen, zumal ja auch in der Regel gegenüber der vorläufigen Festlegung einzelner Vertragspunkte noch kein fester Bindungswille besteht, also für den oder die von der Formvorschrift Geschützten noch gar keine Gefahr eintreten kann.

2. Ausdehnung des Formzwangs auf bindende Vorverpflichtungen, insbesondere auf Vorverträge

a) Allgemeines über bindende Vorverpflichtungen und Vorverträge

aa) Vorverpflichtungen im allgemeinen.

Anders aber liegen die Verhältnisse, wenn die Parteien schon im Stadium der Punktation eine gewisse Bindung insofern wünschen, als sie in der späteren Formalisierung der bereits vereinbarten hauptsächlichsten Punkte unbedingt sicher sein wollen. Macht aus einer solchen Punktation eine Partei einen Anspruch auf Ergänzung und Formalisierung des ganzen Vertrages geltend, so nimmt sie damit die Punktation als Vorvertrag in Anspruch; ob sie durchdringt, richtet sich nach den Regeln über die Formbedürftigkeit von Vorverträgen. Aus der Antwort auf die Frage nach der Formbedürftigkeit der Vorverträge können wir also auch die Antwort auf die Frage nach der Ausdehnung des Formzwangs auf die von den Parteien aus der schlichten Punktation aufrechterhalten, aber aus irgendwelchen Gründen nicht mitformalisierten Willenserklärungen gewinnen; denn wenn die Parteien trotz mangelnder Formalisierung einen Erklärungsteil aus der Punktation nach späterer Formalisierung des übrigen Teils dennoch aufrecht erhalten wollen, vergl. die Beispiele zu den „Vorberedungen im engeren Sinne“ auf S. 8, so wird daraus deutlich, daß sie ihn für wichtig halten, also einer vorvertraglichen Erklärung gleichsetzen. Alles sonst nicht Mitformalisierte kann man unbedenklich als unwichtig erachten und es für die Frage nach der Formbedürftigkeit außer Acht lassen. Wie aber steht es um die Anerkennung von Vorverträgen?

bb) Zum Begriff und der Anerkennung von Vorverträgen.

So viel ist zweifellos, daß das Gebiet des Vorvertrags und damit auch dasjenige bindender Vorberedungen im Sinne von Nebenabreden ein engbegrenztes ist, und daß eine vernünftige Auslegung zu einer möglichsten Einschränkung dieses im Gesetz nirgends erwähnten Vertrages führen muß. Schloßmann geht aber zu weit, wenn er sagt[6], es handele sich beim Vorvertrag nicht um etwas vom Hauptvertrag Verschiedenes, sondern einfach um einen Vertrag mit einem relativ bestimmten Inhalt; es werde nur eine Spezialisierung der in dem Vertrage bedungenen Leistung durch den einen oder anderen Vertragsschließenden, in manchen Fällen unter Mitwirkung des andern, erfordert. Schärfer noch als Schloßmann lehnen Reichel und Henle[7] den Vorvertrag als einen vom Hauptvertrag verschiedenen rechtsgeschäftlichen Tatbestand ab.

Gegen die völlige Verwerfung des Begriffs des Vorvertrags läßt sich jedoch einwenden, daß bei der herrschenden Vertragsfreiheit der Vorvertrag, wenn ihm eine bestimmte Kausa zugrunde liegt, immerhin einer der Gründe sein kann, aus welchem Verpflichtungen zum Vertragsschlusse entstehen können, so etwa im Falle des Krediteröffnungsvertrages. Insofern hat der einmal eingebürgerte Begriff des Vorvertrages auch heute noch seine Berechtigung[8] und zwar, um nur einige Beispiele herauszugreifen, auch im Hinblick auf den Grundstücksveräußerungsvertrag[9], auf den schriftlichen Miet- und Pachtvertrag[10], die Bürgschaft und andere Formalverträge.[11]

b) Zur Form der Vorverträge

Wie steht es nun mit der Form des Vorvertrags, wenn der Hauptvertrag formbedürftig ist?

In § 15 Abs. 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, schreibt das Gesetz ausdrücklich für den Vorvertrag dieselbe Form wie für den Hauptvertrag vor. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks, einen Spekulationshandel mit

6) Schloßmann, Iher. Jahrb., Bd. 45, S. 1 ff.

7) Reichel, Die Mäklerprovision, S. 17—21; Henle, Schuldrecht, S. 168, Fußnote 5; vgl. auch Archiv Ziv. Prax., Bd. 127, S. 279, Anm. 20.

8) Vgl. RGR-Kom., Einführung 1 vor § 145 BGB, S. 318; Staudinger-Kom., Vorbem. 20 zu § 145, S. 754; Palandt-Kom., Einführung 4 vor § 145, S. 122; Enneccerus Nipperdey, Bd. 1, § 153, IV, S. 506.

9) RGR-Kom., Erl. 1 zu § 313 BGB, S. 616; daselbst Staudinger, Erl. A, I, 1, S. 422; Palandt-Kom., Erl. 2 am gleichen Ort, S. 319.

10) RGR-Kom., Erl. 1 zu § 566 BGB, S. 251 und Erl. 1 zu § 581, S. 266, wo auf eine Entscheidung des OLG, Köln vom 25. 5. 1938 als Beispiel für Vorverträge zu Jagdweiterverpachtungen hingewiesen wird. (Abdruck in: Deutsche Justiz 1938, 1800); Staudinger-Kom. zu § 566, Randzif. 8, Seite 719; § 581, Randzif. 44, S. 798.

11) Palandt, Erl. 4 zu § 766 BGB, S. 737.

Geschäftsanteilen zu verhindern, war dies notwendig.[12] Durch Umkehrschluß die Formfreiheit der Vorverträge im übrigen aus dem ausdrücklichen Bestehen dieser Vorschrift zu schließen, wäre angesichts ihrer Sonderstellung jedoch verfehlt.

Zunächst ist ohne weiteres klar, daß, wenn der Vorvertrag die Hauptverpflichtung enthält, also nichts anderes als der Hauptvertrag ist, er auch der Form des Hauptvertrages bedarf, um gültig zu sein. Sehr häufig ist dies bei Grundstücksveräußerungen der Fall. Schon deshalb wird die Praxis gut tun, Verträge, die auf der Grenze zwischen Vor- und Hauptvertrag stehen, der Form des Hauptvertrages zu unterwerfen. Da aber der Vorvertrag in der Regel nicht schon die Hauptverpflichtung enthält, vielmehr auf spätere Eingehung derselben gerichtet ist, so ist zur Beantwortung der Frage nach dem Formerfordernis ganz allgemein die Prüfung der Frage nach der Stellung des Vorvertrages zum Hauptvertrag erforderlich.

Innerhalb der herrschenden Meinung sind die Ansichten über die Wesensart der Verbundenheit des Vorvertrags mit dem Hauptvertrag geteilt. Die Mehrzahl räumt dem Vorvertrag rechtliche Selbständigkeit ein; die andern halten eine trennende Betrachtungsweise für abwegig.[13] Der letzten Meinung ist beizupflichten: Es besteht nicht nur ein tatsächlicher Zusammenhang, der in der Aehnlichkeit beider Verträge liegt, vielmehr sind Vorverpflichtung und Hauptverpflichtung Stadien in der Entwicklung des endgültigen Schuldverhältnisses. Bei den Vertretern der herrschenden Meinung läßt sich denn auch erkennen, daß sie die Frage nach dem Formzwang nicht, wie man annehmen müßte, nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen, sondern vom Hauptvertrag her bestimmen, um zu tragbaren Ergebnissen zu kommen; der Formzwang für den Hauptvertrag könne, so sagt man, „umgangen" werden, würde man formlose Vorverträge zu formbedürftigen Verträgen zulassen. Staudinger weist aber zutreffend darauf hin, daß für die Vertreter der Selbständigkeitstheorie kein zwingender Grund zur Ausrichtung der Formbedürftigkeit des Vorvertrages nach dem Hauptvertrage bestehe, da ja unsere Rechtsordnung keinen Rechtssatz kenne, der allgemein ein Formumgehungsgeschäft für nichtig erkläre.[14] Diese Argumentation kann sich zu eigen machen, wer der Abhängigkeits- oder Stadientheorie folgt. Er wird dann auch den Vorvertrag grundsätzlich der Form des Hauptvertrages unterwerfen.

Mit der herrschenden Meinung wollen jedoch auch Staudinger, Soergel und Friedrichs trotz ihrer Auffassung von der Einheit von Vor- und Hauptverpflichtung im Hinblick auf den lang-

12) Ebbecke, Formvorschriften, a. a. O., Sp. 635; Baumbach, Erl. 3, A zu § 15, G. m. b. H.-Ges., S. 53.

13) Staudinger-Kom., Vorbem. 20 zu § 145, S. 755; eingehend Stinzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse.

14) Staudinger-Kom., Vorbem. 21 zu § 145, S. 756.

fristigen Grundstücksmiet- und Pachtvertrag formfreie Vorverträge mit der Begründung zulassen, ein Verstoß gegen die für den Hauptvertrag gegebene Vorschrift führe hier gar nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herbei, zudem habe die für den Hauptvertrag geltende Formvorschrift ihren Grund wesentlich in der Rücksicht auf den nach den §§ 571 ff. in den Mietvertrag eintretenden Grundstückserwerber, dem die Möglichkeit verschafft werden solle, sich über Inhalt und Umfang der auf ihn übergehenden Verpflichtungen zuverlässig zu unterrichten, eine Erwägung, die auf den Vorvertrag nicht zutreffe.[15] Dem könnte man zustimmen, wenn die Form beim langfristigen Miet- und Pachtvertrag nur den Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers schützen sollte. Das scheint mir aber aus den Protokollen nicht hervorzugehen, wenn dort gesagt wird[16], das Formerfordernis für Mietverträge von längerer Dauer rechtfertige sich auch durch die Erwägung, daß das Grundstück durch seine Verträge (nämlich durch die sich daraus ergebenden langfristigen Besitzrechte) unter Umständen viel stärker belastet werde als durch die Bestellung einer (nicht den unmittelbaren Besitz einräumenden) Grundgerechtigkeit, für die sogar allgemein Eintragung in das Grundbuch gefordert werde. Damit ist die schwerwiegende Bedeutung der langfristigen Mietverträge betont, und entgegen der herrschenden, auch vom RG vertretenen Ansicht[17] m. E. zu folgern, das der vom Gesetzgeber für langfristige Miet- und Pachtverträge vorgeschriebene Formzwang neben der Sicherung des Rechtsnachfolgers auch den Schutz des ursprünglichen Grundstücksvermieters oder -verpächter vor Uebereilung bezwecken soll. Dann erscheint aber auch trotz der für den Miet- und Pachtvertrag bei formfreiem Abschluß entfallenden Nichtigkeit dennoch die Form auch für den Vorvertrag geboten, denn was im Falle der Nichtigkeit formeller Verträge gilt, muß auch da zutreffen, wo das Gesetz bei Formverletzung eine Fehlwirkung eintreten läßt, wie beim Mietvertrag die unbestimmte Vertragsdauer.

III. Teilergebnis zur Frage nach der Form der Vorberedungen

Fassen wir das bisherige Ergebnis zusammen: Vorverpflichtungen richten sich hinsichtlich des Formerfordernisses nach dem Zweck des Formzwangs für den Hauptvertrag und müssen in allen Fällen als formbedürftig gelten, wo der Formzwang nicht nur ein rein publizistischer ist. Formfrei ist aber nach herrschender Ansicht die Vorverpflichtung, wenn nicht die Hauptvertragsverpflichtung des Vorverpflichteten, sondern nur die seines Vertragsgeg-

15) Staudinger-Kom., Vorbem. 21 zu § 145, S. 756—57; Soergel-Kom., Erl. 3 zu § 125, S. 153; Friedrichs, Vertragsrecht, § 5, S. 14.

16) Vgl. Protokolle II, 156.

17) RGZ. 86, 30 ff. und die dort angeführten Entscheidungen.

ners der Form bedarf: G. verpflichtet sich z. B., den B. als Bürgen für die Schuld des S. anzunehmen. Wenn auch die künftige Bürgschaftserklärung des B. formbedürftig ist, so doch nicht die Vorverpflichtung des G.[18]

Soweit Vorberedungen schon als Bestandteile des künftigen Rechtsgeschäfts im Vorvertrag geschaffen werden, folgt aus dem Gesagten, daß sie schon als Bestandteil des Vorvertrags der Form bedürfen. Was aber für die den Hauptvertrag vorbereitenden Willenserklärungen gilt, kann bei dem Herausrücken aus der präparatorischen Stufe im Hinblick auf Formzwang keine schwächeren Anforderungen erfahren. Die aus einem Vorvertrag in den hauptvertraglichen Willenserklärungskomplex übernommenen Vorbedingungen bedürfen daher aus zwei Gründen der Form, einmal sind sie schon als Bestandteile des Vorvertrags selbst formbedürftig, zum andern aber sollen sie nach dem Uebergang vom Vorvertrag zum Hauptvertrag dessen Bestandteil werden. Schwierigkeiten hinsichtlich der Formalisierung bestehen ja auch in diesen Fällen nicht; denn wie die Form beim Vorvertrag gefordert wird, damit nicht aus einem formlosen Rechtsgeschäft eine Umgehung für die Form des Hauptvertrages wird, so muß natürlich auch dann, wenn die Form eingehalten worden ist, die Klage auf Formalisierung der aus formgerechten Vorverträgen stammenden Vorberedungen durchdringen. Zur Formalisierung selbst wird im allgemeinen genügen, wenn in der Urkunde des Hauptvertrags eine Verweisungsklausel aufgenommen wird. Im einzelnen wird darüber noch an späterer Stelle zu reden sein.

IV. Ausstrahlung des Formzwangs auf Vorberedung aus einer vorvertraglich nicht formalisierten Punktation

Nachdem wir die Frage nach der Formbedürftigkeit der aus Vorverträgen in den Hauptvertrag übernommenen Vorberedungen beantwortet haben, verbleibt noch die Prüfung der Frage nach dem Formerfordernis bei Vorberedungen, die ihren Ursprung nicht in präzisen Vorverpflichtungen haben, vielmehr der schlichten Punktation entstammen und bei Vertragsschluß bewußt oder unbewußt von der Beurkundung ausgenommen worden sind.

Das Formerfordernis kann hier kein anderes sein; denn Vorverträge oder Vorverpflichtungen sind ja nichts anderes als bindend gewollte Erklärungsteile aus der Punktation. Die Schwierigkeiten für den, der sich auf später nicht mitformalisierte Erklärungsteile aus der schlichten Punktation beruft, die aber trotz mangelnder Formgebung doch aufrechterhalten werden sollen, liegt gegenüber den formalisierten Vorverpflichtungen darin, daß die spätere Formalisierung auf dem Klagewege nicht erzwungen werden kann. Damit kann aber im gegebenen Falle der ganze Vertrag in Frage

18) Staudinger-Kom., Vorbem. 21 zu § 145, S. 757.

gestellt sein; denn nach § 154 BGB ist ein Vertrag im Zweifel so lange nicht geschlossen, als sich nicht die Parteien über alle Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, geeinigt haben. Wenn für den Vertrag eine Form vorgeschrieben ist, kommt nur die formgerechte Einigung in Betracht. Wenn also die formelle Einigung über einen Punkt nicht erzwungen werden kann und freiwillig nicht erfolgt, dann kann möglicherweise der ganze Vertrag im Stadium der nicht bindenden Punktation stecken bleiben, dann nämlich, wenn die Parteien in dem Inhalt der übrigen formalisierten Vertragspunkte keine vollständige Einigung erblicken. Aber auch, wenn sie darin eine Einigung erblicken, ist es gleichwohl möglich, daß die nicht mitformalisierte Vorberedung als Vertragsteil gewollt wird, auch dann gefährden die Parteien ihren Vertrag; denn dann liegt es so, als ob die Vertragspartner die Vorberedung als echte Nebenabrede, also bei Vertragsschluß vereinbart haben, und der so geschaffene Geschäftsteil von der erforderlichen Beurkundung ausgenommen worden ist (§§ 125, 139 BGB). Hier also liegt die Gefahr bei der Zulassung formloser Vorberedungen neben dem formalisierten Vertragsinhalt, und sei es auch nur zu Auslegungszwecken. Dieser Gefahr würde man wirksam dadurch begegnen, daß man die Möglichkeit des Nachweises von Vorberedungen nur da zuläßt, wo die Vorberedungen die Aufrechterhaltung des formalisierten Vertragsinhalts selbst nicht gefährden, also nur da, wo sie bereits in präzisen Vorverpflichtungen formalisiert sind, und ihre Aufrechterhaltung durch Formalisierung auch im Hauptvertrage auf dem Klagewege erzwungen werden kann.

2. Abschnitt: Bei Vertragsschluß getroffene Nebenabreden im Hinblick auf Formzwang

Vorbemerkung

Im Verlaufe der Erörterungen über die Formbedürftigkeit von Vorberedungen, die nach Vertragsschluß noch aufrecht erhalten werden sollen, wenngleich sie auch nicht mitformalisiert worden sind, kam es vor allem darauf an, zu zeigen, daß eine Möglichkeit zur Erzwingung der mit den Vorberedungen bezweckten Rechtserfolge nur dann besteht, wenn eine auf Formalisierung der Vorabreden gerichtete bindende Vorverpflichtung gegeben ist, und daß eine solche Bindung nur bei Formalisierung dieser Vorverpflichtung vorliegt. Diese sich vorwiegend auf die Klagbarkeit richtende Erörterung der Frage nach der Formbedürftigkeit von Vorberedungen rechtfertigt sich aus dem Verhältnis zwischen Punktation und Vertragsschluß; denn bei dem Uebergang von der Punktation zur Vollendung des Rechtsgeschäfts kommt es eben in erster Linie auf die Durchsetzbarkeit des Vertragsschlusses an.

Deshalb konnten bisher die besonderen Probleme bei der Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenabreden zurückgestellt werden, und zwar nicht zuletzt auch deshalb, weil unter Nebenabreden im eigentlichen Sinne nur die neben dem bereits geschlossenen Formalvertrage noch mündlich oder sonstwie nicht formgerecht getroffenen Abreden zu verstehen sind. Erst der gewordene rechtsgeschäftliche Tatbestand wirft die mit dem Formproblem zusammenhängenden materiellrechtlichen Fragen auf; denn hier handelt es sich nicht mehr bloß darum, was einmal Bestand bekommen soll, sondern vielmehr darum, was Bestand hat und behalten soll.

Im großen gesehen, ergibt sich die Problemstellung hier in der Hauptsache nach zwei Richtungen: Einmal nach der Natur der Rechtsgeschäfte, die nach der Art der mit ihnen bezweckten Rechtsfolgen sich entweder als von Natur aus einheitliche oder als zusammengesetzte Rechtsgeschäfte darstellen; zum andern nach den beiden möglichen Arten des Formzwanges, nämlich der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich vorgeschriebenen Form, auch gewillkürte Form genannt.

In der Hauptgruppierung werden wir uns an die sich von der Natur der Rechtsgeschäfte herleitende Einteilung der Nebenabredenbehandlung halten und also in der ersten Hauptgruppe die neben von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften getroffenen Nebenabreden auf ihre Formbedürftigkeit untersuchen. Dabei können ohne Schwierigkeiten die sich aus den beiden verschiedenen Arten des Formzwanges ergebenden Fragen innerhalb dieser Hauptgruppe mitverarbeitet werden, weil einmal auch bei den von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften genau wie bei den zusammengesetzten beiden Erscheinungsformen des Formzwanges vorkommen, und weil bei den zusammengesetzten Geschäften weniger die Formfragen eine unterschiedliche Beantwortung erfahren, dort vielmehr die Gegebenheiten herauszuarbeiten sind, die für die Annahme eines zusammengesetzten Geschäfts vorliegen müssen.

Ebenso kann sich für die zusammengesetzten Rechtsgeschäfte gegenüber den von Natur aus einheitlichen rechtsgeschäftlichen Tatbeständen kein Unterschied in der Beurteilung der verschiedenen Willensmomente ergeben; denn wenn eine Willenserklärung formbedürftig ist, so muß für sie der Formzwang hier wie dort bestehen, gleichgültig, ob die in einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand vereinigten Willenserklärungen nach den mit ihnen erstrebten Rechtserfolgen nun in voneinander auch selbständig denkbare Teile zerlegt werden können oder nicht. Daraus folgt, daß auch die Frage nach der Formbedürftigkeit der verschiedenen Willensmomente zweckmäßig gleich bei der Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit der neben von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften getroffenen Abreden zu erörtern sind.

Es handelt sich dabei um die für jeden, der sich mit Formfragen

befaßt, auftauchenden Fragen: nämlich einmal um die Bedeutung des Merkmals der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der in einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand vereinigten Geschäftsteile für den Formzwang, sodann um die Frage nach der Formbedürftigkeit von Willenserklärungen, die sich auf kraft zwingenden oder dispositiven Gesetzesrechts eintretende Rechtsfolgen richten und schließlich darum, ob hinsichtlich der Formbedürftigkeit von Abreden neben den formalisierten Geschäftsteilen ein Unterschied danach zu machen ist, ob solche Abreden die formalisierte Haupterklärung erweitern oder einschränken.

Erst nach Erörterung all dieser Fragen kann zweckmäßig die Behandlung der zusammengesetzten Rechtsgeschäfte folgen, wobei außer allgemeinen Ausführungen über die zusammengesetzten Geschäfte schon wegen der großen Bedeutung der Nebenverträge in der Praxis auch eine beispielhafte Darstellung von Einzelfällen zu geben sein wird, wie sie im Rechtsleben häufig vorkommen.

Nach dem bisher Gesagten ergibt sich folgende Gruppierung der Fragenkomplexe:

Die Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften.

Nebenabreden bei Geschäften mit gesetzlichem Formzwang:

1. die Bedeutung des Merkmals der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit einer Abrede für deren Formbedürftigkeit,

2. die Formbedürftigkeit von Abreden, die sich auf kraft zwingenden oder dispositiven Gesetzesrechts eintretende Rechtsfolgen richten,

3. der Formzwang bei Nebenabreden, die die formalisierte Haupterklärung erweitern oder einschränken.

Als Abschluß des ersten Teils dieses Abschnitts hat dann die Erörterung der Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei Rechtsgeschäften mit gewillkürtem Formzwang zu folgen.

In zweiten Hauptteil des Abschnitts finden dann die sich im Zusammenhange mit zusammengesetzten Rechtsgeschäften ergebenden Fragen ihre Erörterung, und zwar hier zunächst die allgemeinen Fragen, auf die dann die Behandlung einiger praktischer Fälle folgt.

Bis jetzt ist hier nun noch nicht erwähnt worden, daß hinsichtlich der Nebenabreden auch eine Einteilung insofern möglich ist, als man zwischen Nebenabreden unterscheidet, die von den Vertragsparteien selbst getroffen werden und solchen, die deren Mittelspersonen vereinbaren. Besondere Formfragen können sich hier ebensowenig ergeben wie bei den Abreden neben zusammengesetzten Geschäften. Immerhin sind sie besonders für das Handelsrecht von Bedeutung und ihre Behandlung im Schrifttum beachtenswert. Deshalb dürfen wir sie hier nicht übergehen. Die den Nebenabreden der Vertreter geltenden Erörterungen sollen den Schluß dieses Abschnitts bilden und ihm als Anhang angefügt werden.

A) Die Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften

I. Vom Umfang des Formzwangs bei Abreden neben Geschäften mit gesetzlichem Formzwang

1. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abreden für das Formerfordernis

Wir haben bereits festgestellt, daß für den Formzwang nur der rechtsgeschäftliche Wille in Betracht kommt, und zwar der erklärte Wille. Nun ist der Umfang der Willenserklärungen im rechtsgeschäftlichen Tatbestande nach der Art der Erklärungen und der mit ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen verschieden. Je nach der Art der gewollten Rechtsfolgen pflegen die Parteien ihre Erklärungen im Rahmen des Rechtsgeschäfts beliebig anzuordnen. Es liegt nahe, das Rechtsgeschäft nach dem Gesichtspunkt der mit den Einzelerklärungen beabsichtigten Rechtsfolgen in Teile zu zerlegen. Diese Teilbarkeit ist sowohl bei den von Natur aus einheitlichen als auch bei den zusammengesetzten Geschäften möglich. So läßt sich zum Beispiel ein Grundstückveräußerungsvertrag nach seinen Bestimmungen über den Zeitpunkt der Eigentumsübertragung, den Modus der Kaufpreiszahlung, über die Löschung oder Uebernahme von Hypotheken; ein Pachtvertrag nach den Vereinbarungen über die Uebernahme des Grundstücks, die Zahlung des Pachtzinses, die Belassung von Vieh, Dünger und Futtermitteln auf dem Gut und über die Absatzreglung bezüglich der Erzeugnisse als von Natur aus einheitliches Geschäft genau so teilen wie etwa ein aus einem Grundstückveräußerungsvertrag und einem Dienstvertrag bestehender Gesamtvertrag. Unterschiedlich ist aber der Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen, der bei den von Natur aus einheitlichen Geschäften ein weit engerer ist, da deren Teile nicht immer ohne weiteres voneinander getrennt werden können, während sich bei den zusammengesetzten Geschäften auch bei getrennter rechtlicher Betrachtung in den meisten Fällen für jeden Teil selbständig ein vernünftiger Sinn ergibt, so etwa, wenn die Vertragspartner neben einem Grundstückskauf noch einen damit verbundenen Miet-darlehens- oder Gesellschaftsvertrag schließen. Immerhin gibt es auch bei den von Natur aus einheitlichen Geschäften genügend Fälle, in denen ein Teil von dem übrigen rechtsgeschäftlichen Tatbestand abgelöst werden kann, ohne daß dadurch der verbleibende Rest an seiner Weiterbeständigkeit als Rechtsgeschäft verliert, wenn etwa sich die Parteien darüber einig sind, daß bei einem Schenkungsversprechen die Zusicherung von Eigenschaften des zu schenkenden Gegenstandes nur ganz allgemein sein soll und gegebenenfalls auch als entbehrlich gelten kann. Die Bedeutung dieser Feststellung wird an späterer Stelle, nämlich bei der Behandlung der Frage nach der Auswirkung formnichtiger Geschäftsteile auf

den Bestand des restlichen rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, so wie sie sich gem. den §§ 125 und 139 BGB ergibt, noch deutlich werden.

Alles, was nun der rechtsgeschäftliche Wille dem jeweiligen rechtsgeschäftlichen Tatbestand zuordnet, wird dessen Teil. So sind auch die mündlich neben einem formellen Vertrage getroffenen Nebenabreden Teile des Vertrages, wenngleich ihnen auch wegen der Formwidrigkeit gegebenenfalls die Wirksamkeit versagt wird. Damit ist schon auf die Verschiedenheit dem Geschäftsbestandteile hingewiesen, die sich bei näherer Betrachtung sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht ergibt.

Vom objektiven Standpunkt aus unterscheidet das Schrifttum zwischen wesentlichen, natürlichen und zufälligen Geschäftsteilen. Als wesentliche Bestandteile oder essentialia bezeichnet man diejenigen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts, die es überhaupt zum Rechtsgeschäft und zu einem Rechtsgeschäft bestimmter Art machen, ohne die also kein Rechtsgeschäft eines bestimmten Typus vorliegen würde; z. B. die Bestimmungen über Ware und Preis beim Kauf, die Vereinbarungen über Raumbenutzung und Entgelt bei der Miete oder über Raumbenutzung, Fruchtziehung und Pachtzins bei der Pacht.

Von diesen Teilen lassen sich diejenigen sondern, die nicht notwendig geschaffen zu werden brauchen, da die mit ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten, wenn nur die wesentlichen Bestandteile gegeben sind. Z. B. das Recht des Käufers, vom Verkäufer die Uebergabe der Kaufsache zu verlangen; die Bestimmung, daß Käufer bei Vorliegen von Mängeln wandeln und mindern können; die Vereinbarung, daß der Pächter oder Mieter aufgrund des Pacht- oder Mietvertrages das Recht zum unmittelbaren Besitz am Miet- und Pachtgegenstande hat, das Rechtsgeschäft u. U. wegen Irrtumsdrohung oder Täuschung anzufechten, sich auf Verjährung zu berufen, Schadensersatz wegen Nicht- oder Schlechterfüllung zu verlangen, Befreiung des Kaufgegenstandes von Rechten dritter zu fordern, das Recht zur Verkündung bei Miet-, Pacht-, Dienst- oder Arbeitsverträgen, das Recht, den Vertragspartner aus Verschuldenshaftung in Anspruch zu nehmen usw. Dies sind die natürlichen Bestandteile des Rechtsgeschäfts oder die naturalia negotii. Weil die Rechtsfolgen, die sich aus dem Vorhandensein der essentialia ergeben, kraft Gesetzes, also auch unabhängig vom Parteiwillen eintreten, so sollte man hier richtiger von Folgen des Rechtsgeschäfts sprechen und nicht von rechtsgeschäftlichen Bestandteilen.[19]

Weiter kann man diejenigen Erklärungen, die den Tatbestand eines gesetzlichen Vertragstypus schaffen, von denjenigen scheiden, die über dessen Umfang hinausgehende, aber mit ihm in rechtlichem Zusammenhange stehende Geschäftspunkte hinzufügen, wie

19) Enneccerus-Nipperdey, Bd. 1, § 176, III, S. 576.

Bedingungen oder Befristungen. Endlich können die Parteien bezüglich der dem Gesetz nicht wesentlichen Punkte Abreden treffen, die von den naturalia abweichen, z. B. beim Kauf hinsichtlich des Leistungsorts, der Haftung für Mängel usw. Bei diesen Erklärungsteilen treten die Rechtswirkungen nicht als Folgen des Vorhandenseins der essentialia ein. Sie sind daher wirkliche Bestandteile des Geschäfts. Wegen ihres zufälligen Daseins bezeichnet man sie als accidentalia negotii.

Vom subjektiven Standpunkt aus lassen sich diejenigen Rechtsfolgen, deren Nichteintritt wegen irgendwelcher Mängel nach dem Willen der Parteien den Bestand des restlichen rechtsgeschäftlichen Tatbestandes nicht beeinträchtigen soll, weil die Parteien sie für nebensächlich halten, von solchen unterscheiden, deren Eintritt ihnen bei dem ganzen Geschäft wesentlich ist. Im Folgenden wird es gelten, die Bedeutung der Unterscheidung von Geschäftsteilen für das Formerfordernis sowohl nach der objektiven als auch nach der subjektiven Seite zu untersuchen. Wir kommen damit zu der Frage nach der Bedeutung des Merkmals der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit für das Formerfordernis.

Die Frage, welche Erklärungsteile vom Formzwange umfaßt werden, wenn das Rechtsgeschäft vom Gesetz schlechthin für formbedürftig erklärt wird, finden wir in allen größeren Lehrbüchern und Kommentaren zum BGB und HGB erörtert. Ein besonders umfangreiches Schrifttum bemüht sich außerdem, allgemeine Regeln für einzelne Vertragstypen aufzustellen. Dies gilt besonders für die Vorschrift des § 313 BGB. Ausnahmslos erkennt man nun eine gewisse, allumfassende Tendenz des Formzwanges an. Hinsichtlich der Auswirkungen dieser Tendenz aber sagen die einen, alle wesentlichen Teile müßten beurkundet werden.[20] Dabei wird diese Auffassung auch häufig so dargestellt, daß zwar zunächst der ganze Inhalt der Erklärungen für formbedürftig erklärt, nachträglich aber das Merkmal der Wesentlichkeit bei der Behandlung der Folgen des Vorhandenseins formloser Nebenabreden berichtigend eingeführt wird.[21] Die andern dagegen wollen alle Erklärungen, welche die Parteien zu Bestandteilen des Rechtsgeschäfts machen wollen, dem Formzwange unterwerfen.[22] Der Gegen-

20) Köhler, Lehrbuch I, § 236, I, S. 526; Enneccerus-Nipperdey, Bd. 1, § 146, I, 1, S. 477; Warneyer-Kom., Erl. 4 zu § 125 S. 209; Achilles-Greiff-Kom., Erl. 2 zu § 125, S. 48; Pinner-Bondi-Kom., Erl. 26 zu § 350 HGB, S. 167; Planck-Kom. Erl. 4 zu § 125 S. 317.

21) Kiehl, Grundstücksveräußerungsvertrag, im Recht 1923, Sp. 90: „Feststeht, daß die gesamten Abreden eines Grundstücksveräußerungsvertrages gem. § 313 BGB formbedürftig sind, und daß die Formlosigkeit auch nur einer einzigen (wesentlichen) Abrede grundsätzlich die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge hat", Motive I, § 91, S. 183.

22) Cosack u. Mitteis Lehrbuch Bd. 1, § 84, II, 2a, S. 200; Friedrichs, Vertragsrecht, § 13, S. 28; Lobe, Form der Rechtsgeschäfte, S. 36; Neumann, Handausgabe, Erl. II 1, zu § 125 BGB, S. 128, aber

satz zwischen den vorstehend wiedergegebenen Meinungen wird ausdrücklich von Dorst hervorgehoben. Er schreibt: „Der Vertrag des § 313 muß alle Bedingungen und Bestimmungen enthalten. Es ist gleichgültig, ob die Abrede einen wesentlichen oder einen an sich nicht wesentlichen Bestandteil des Vertrages betrifft, wofern nur feststeht, daß sie nach dem Willen der Parteien, wie er zur Zeit des förmlichen Vertragsabschlusses bestand, einen Teil des Vertrages ausmachen sollte".[23]

Dieser Auffassung ist beizupflichten. Die Vertreter der ersteren Meinung teilen die Erkenntnis, daß sich die Formbedürftigkeit eines Erklärungsteils nach subjektiven Gesichtspunkten bestimmt. Sie verfallen aber dem Fehler, die Formbedürftigkeit auf die Unterscheidbarkeit wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsteile abzustellen, anstatt das Formerfordernis selbst zum Ausgangspunkt für die Reichweite zu machen. Die Reichweite des Formerfordernisses bestimmt sich nach dem ihm selbst und seinem Objekt, nämlich der Willenserklärung, innewohnenden Zweck. Die Willenserklärung ist nach ihrem Wesen Mittel zu einem Zweck, nämlich zur Kundbarmachung des Rechtsfolgewillens. Der RGR-Kommentar führt hierzu aus[24]: „Der wesentliche Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist die Willenserklärung. Ohne sie ist kein Rechtsgeschäft denkbar. Die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung unterscheiden sich insofern voreinander, als das Rechtsgeschäft die fertige juristische Tatsache als solche darstellt, die Willenserklärung dagegen den Rechtserzeugenden Vorgang bedeutet . . . Das Gesetz sieht jedoch die Willenserklärung als einen so wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäfts an, daß es sie der Sache nach dem letzteren gleichstellt, was schon in der nahezu gleichwertigen Verwendung der Ausdrücke hervortritt".

Der Sinn des Formerfordernisses liegt nun darin, alles zu formalisieren, was die Parteien kundtun müssen, um in der Willenserklärung ihren auf die Rechtsfolge gerichteten Willen vollständig zum Ausdruck zu bringen. Der Formzwang richtet sich also auf das rechtserzeugende Moment im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, nämlich auf die Willenserklärung. Ob wir es im Einzelfalle mit einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Formvorschrift zu tun haben,

---

Abweichung in Erl. I, b zu § 126, S. 132; Soergel-Kom., Erl. 2a zu § 125 S. 152; RGR-Kom., Erl. 2 zu § 313, S. 621; Staudinger-Kom., Erl. A, II, 1a zu § 313, S. 430: „Formbedürftig sind nicht nur die rechtlich wesentlichen Vertragsbestandteile, sondern auch alle sonstigen Abreden, die die Vertragsteile tatsächlich zum Vertragsinhalt gemacht haben"; Palandt-Kom., Erl. 8a zu § 313, S. 322, der allerdings das subjektivparteiliche Willensmoment nicht ganz außer Betracht läßt, damit aber wohl zum Ausdruck bringen will, daß es für die Frage, ob eine Erklärung Geschäftsbestandteil wird oder nicht, auf den rechtsgeschäftlichen Willen ankommt, der den rechtsgeschäftlichen Tatbestand zu einem Ganzen fügt. Ebbecke, Formvorschriften, im Recht 1911, Sp. 646.

23) Dorst, die notarielle Beurkundung, S. 181.

24) RGR-Kom., Vorbem. 4 zu § 104 BGB, S. 194.

ob von der Formvorschrift dabei nur ein Teil oder alle Erklärungen im Rahmen des Rechtsgeschäfts dem Formzwange unterworfen werden, ist gleichgültig. Der absolute Zweck des Formzwanges liegt immer in der Formalisierung des Rechtsfolgewillens schlechthin.

Im Ergebnis müssen wir also die Untauglichkeit der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Geschäftsteilen für die Beantwortung der Frage nach deren Formbedürftigkeit feststellen und damit auch für die Nebenabreden, die ja Vertragsbestandteil werden sollen, entsprechend folgern, daß es für die Frage nach deren Formbedürftigkeit nicht auf ihre Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit ankommen kann, sondern zunächst allein darauf, ob es sich um echte Nebenabreden, also um Vertragsbestandteile handelt.[25]

Wenn wir an dem aufgezeigten Sinne des Formalismus festhalten, so reicht die Anwendung des aufgestellten Grundsatzes auch dort aus, wo es lediglich um die Abgrenzung des Erklärungsinhalts vom Außerinhaltlichen geht, und es bedarf nicht der Berücksichtigung der Verschiedenheit des Ursprungs einzelner Formbestimmungen untereinander.

Wenn nun Staudinger anstelle der Unterscheidung wesentlicher und unwesentlicher Vertragsbestandteile eine solche zwischen nebensächlichen oder völlig belanglosen Punkten und dem übrigen Vertragsinhalt setzt[26], und sich dabei auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts vom 29. 3. 1924 und vom 17. 1. 1925[27] stützt, so gebraucht er damit nur Worte für denselben Begriff und tritt so seiner kurz vorher zum Ausdruck gebrachten Ansicht entgegen, nach der eine Unterscheidung wesentlicher oder unwesentlicher Vertragspunkte für das Formerfordernis keinen Sinn haben soll. Und was den Wert der reichsgerichtlichen Entscheidung in dieser Hinsicht angeht, so weist Hoeniger nach, daß es nicht schwer ist, aus dem Gesetz auch genau das Gegenteil der reichsgerichtlichen Auffassung über den Umfang des Formzwangs in § 313 BGB herauszuinterpretieren.[28] Er schließt mit der Erkenntnis: „Die Problemfrage ist, nach welchem Gesichtspunkt wird entschieden, ob ein Moment für die Formgültigkeit wesentlich ist oder nicht? . . . Der Wortlaut der Gesetze gibt dies Kriterium nicht", ebensowenig aber eine Aufteilung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes nach

25) Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Buck bei Gruchot, Bd. 48, S. 723, wo als Zweck der Formvorschriften die erschöpfende Beurkundung aller schließlich begründeten Parteirechte und -pflichten bezeichnet wird.

26) Staudinger-Kom., Erl. A, II, 1a zu § 313, S. 430. Zur Frage der Formbedürftigkeit einer Vertragsbestimmung durch die dem Verkäufer eines Grundstücks das Recht eingeräumt werden soll, von dem Käufer die Herausgabe eines in das verkaufte Haus eingebauten alten Wendeltreppe zu verlangen.

27) Warn. Respr. 1923—24, Nr. 111; DRZ. 1925, Nr. 176.

28) Hoeniger, Zum Problem der Formgültigkeit, in: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 9. Jahrg., S. 333.

objektiven oder subjektiven Gesichtspunkten; denn ein Akzidentale in objektiver Hinsicht kann gleichzeitig ein wesentlicher Bestandteil nach dem Parteiwillen sein.

Stellen wir also abschließend nochmals fest: Die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen beivertraglichen Nebenabreden stellt kein sicheres Kriterium für die Beantwortung der Frage nach deren Formbedürftigkeit dar.

Eingangs der Erörterungen über die Formbedürftigkeit der bei Vertragsschluß getroffenen mündlichen oder sonst nicht formgerechten Abreden haben wir aber zwei weitere Möglichkeiten aufgezeigt, nach denen sich der rechtsgeschäftliche Tatbestand zerlegen läßt, nämlich einerseits die Möglichkeit der Aufteilung in Abreden, bei denen die mit ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen nur aufgrund des in ihnen erklärten Willens eintreten und solche, bei denen sie aus dem Vorhandensein der Essentialien kraft zwingenden oder dispositiven Rechts folgen, andererseits die Möglichkeit der Gliederung in Abreden, die die Formalvertraglichen Erklärungen entweder erweitern oder einschränken. Beide Kriterien sollen nunmehr auf ihre Bedeutung für den Formzwang untersucht werden, und zwar zunächst die Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, die sich auf kraft zwingenden oder dispositiven Gesetzesrechts eintretende Rechtsfolgen richten.

2. Von der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, die sich auf kraft zwingenden oder dispositiven Rechts eintretende Rechtsfolgen richten

Wenn auch gem. den §§ 133 und 157 BGB die Grundwirkungen der Erklärungsgeschäfte von dem Rechtsfolgewillen, und zwar von dem erklärten Willen abhängen, so kann man doch den noch von der älteren Willenstheorie vertretenen Satz, daß bei jedem Rechtsgeschäft sämtliche Rechtsfolgen gewollt sein und mithin auch als gewollt erklärt sein müssen, nicht beipflichten.[29] Manigk sagt richtig: „Wir brauchen heute nicht mehr die Anknüpfung aller Wirkungen des Rechtsgeschäfts an den Willen". Aus diesem Satze, dessen Anwendbarkeit auf das Gebiet der formellen Geschäfte darzutun ist, ergibt sich die Entbehrlichkeit solcher Willenserklärungen im formellen Tatbestand des Rechtsgeschäfts, die Rechtsfolgen zum Gegenstande haben, deren Eintritt kraft zwingenden oder nachgiebigen Gesetzesrechts schon aus dem Vorhandensein der übrigen Geschäftsteile von selbst folgt.[29a] Manigks Satz aber besagt andererseits auch zugleich, daß alles Gewollte auch im formell erklärten Parteiwillen zum Ausdruck kommen muß, selbst wenn es einen nach der Auffassung der Vertragspartner unbedeutenden Punkt betrifft. Verkäufer und Käufer stehen zum Beispiel schon jahrelang in

29) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 121.
29 a) Vergl. die zutreffenden Beispiele auf S. 19.

besten Geschäftsbeziehungen zueinander. Gelegentlich eines formellen Geschäfts tritt beiderseits der Wille zu Tage, von der in § 225 BGB gegebenen und bisher genutzten Möglichkeit der Erleichterung gesetzlicher Verjährungsfristen einmal keinen Gebrauch zu machen. An sich brauchten hier die Parteien formell nichts zu erklären, da die gesetzliche Verjährungsfrist für bestimmte Ansprüche schon durch die Schaffung der Essentialien in Lauf gesetzt wird; im vorliegenden Beispiel erscheint aber die Formalisierung der Erklärungen über die gewollte gesetzliche Verjährungsfrist dennoch erforderlich, weil die Parteien in ihrem Verhalten von ihren früheren Beziehungen abweichen und diesen Gesichtspunkt ausdrücklich hervorheben wollen. Diese Folgerung bestätigt auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 5. Dezember 1914, wenn es darin ausführt[30]: „Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 5. April 1913 bereits ausgesprochen, daß, wenn auch den Parteien die Entscheidung darüber überlassen ist, was in eine Vertragsurkunde aufgenommen werden soll, dieser Wille doch den Umfang der gesetzlichen Formvorschriften nicht beeinflussen darf. Für diese ist daher nicht erheblich, was die Parteien in die Urkunde haben aufnehmen wollen, sondern was nach der Bedeutung des Vereinbarten, um wirksam zu sein, hätte aufgenommen werden sollen".

Die in diesem Urteil hier angefügte Begründung, „weil es sich als wesentlicher Bestandteil der gesamten Vereinbarung darstellt", müßte aber von der Unterscheidung wesentlicher und unwesentlicher Vertragsvereinbarungen als Kriterium für den Umfang des Formzwanges absehen und besser zum Ausdruck bringen, daß die Beurkundung in dem zur Beurteilung stehenden Falle notwendig war, weil hier bestimmte Rechtsfolgen gewollt waren, die nach ihrer Beschaffenheit nur bei Vorhandensein ausdrücklicher auf sie gerichteter Erklärungen eintreten konnten.

Der Satz, daß unabhängig vom Willen des Erklärenden diejenigen Rechtsfolgen sind, die unmittelbar aufgrund zwingenden oder nachgiebigen Gesetzesrechts eintreten, ist nicht unbestritten. Besonders die schon angeführte rein willenstheoretische Richtung war der Auffassung, die Gesamtheit aller Rechtsfolgen müßten aus der Willenserklärung hervorgehen, auch die sich kraft zwingenden oder dispositiven Gesetzesrechts ergebenden. Andererseits aber neigen auch gerade neuere Erklärungstheoretiker dazu, als Inhalt der Willenserklärung — und zwar als einzigen Inhalt unter Ausschaltung des nach der richtigen Ansicht gerade begriffswesentlichen erklärten Willens — die Rechtsfolgen anzusehen.

So sieht Danz die Auslegung der Willenserklärung als die Feststellung der eingetretenen Rechtsfolge an.[31] Titze pflichtet ihm nach eingehenden Untersuchungen bei, sieht aber in der Auslegung

30) RG. in Warn. Rspr. 1915, Nr. 45.
31) Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 5.

zugleich den zur Erforschung des „wahren", „wirklichen", des „richtigen" Erklärungsinhalts führenden Vorgang und zieht daraus den Schluß, daß zwischen dem Inhalt der Erklärung und den Rechtsfolgen derselben kein Unterschied obwalten könne, weil sich das Wesen der Auslegung gleichmäßig als Fixierung der Erklärungsfolgen wie als Aufdeckung des Erklärungsinhalts bezeichnen lasse. Ja, man könne den Erklärungsinhalt gar nicht besser definieren, denn als Summe der durch die Erklärung erzeugten Rechtsfolgen.[32]

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß die Feststellung der Rechtsfolgen einer Willenserklärung erst auf die eindeutige Feststellung des Erklärungsinhalts folgen kann. Zuerst muß die Auslegung den im Einzelfalle richtigen Sinn der Erklärung ermitteln. Erst wenn der Sinn der Erklärung eindeutig feststeht, kann überhaupt von bestimmten Rechtsfolgen der Erklärung die Rede sein. So erklärt denn auch Manigk unter Ablehnung der Auffassung Titzes, daß sich schon logisch Inhalt und Folge der Willenserklärung gegenüberstünden und leitet im weiteren, indem er die Frage gleich den vorbenannten Schriftstellern für das Gebiet der Irrtumsanfechtung erörtert, aus § 119 BGB eine Sonderung der Folgen des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes von dessen Inhalt her.[33] Entsprechend sind für die vorliegende Untersuchung die weiteren Abrenzungsmerkmale aus dem allgemeinen Grundzweck des Formzwanges abzuleiten. Da dieser Grundzweck nur die Formalisierung alles dessen verlangt, was zur Auslösung der gewollten Rechtsfolgen unbedingt erklärt werden muß, so besteht auch bei Formalgeschäften für die gesetzlich zwingend oder dispositiv bestimmten Rechtsfolgen nicht die Notwendigkeit einer Aufnahme in die zu formalisierende Erklärung, da sie nach der Rechtsordnung aufgrund der bloßen Tatsache des Vorliegens eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, also unabhängig vom Parteiwillen ausgelöst werden; so etwa das Recht des Adoptierenden, den Wohnsitz des minderjährigen Adoptivkindes zu bestimmen (§ 11 BGB), das Kind zu erziehen und für sein Vermögen zu sorgen (§§ 1626, 27 BGB); das Rechts des Kindes, den Namen des Annehmenden zu führen (§§ 1758 BGB); das Recht des Erblassers, unter den Voraussetzungen des § 2295 BGB vom Vertrag zurückzutreten. Vergl. außerdem die schon zu den Ausführungen über natürliche Geschäftsbestandteile auf S. 26 gegebenen Beispiele.

Sind also in Nebenabreden Rechtsfolgen der genannten Art ganz generell zum Gegenstande der Erklärung gemacht, ohne daß dabei die Vorstellung von ganz bestimmten Rechtsfolgen vorhanden war, so ist deren Nichtaufnahme in die Urkunde für den Bestand des Formalgeschäfts unerheblich.

Wir müssen aber noch die Frage prüfen, wie es um die Form-

32) Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, S. 451.
33) Manigk, Irrtum und Auslegung, § 9 mit den in der Fußnote 1 auf S. 119 angeführten Zitaten.

bedürftigkeit solcher Nebenabreden steht, in denen ausdrücklich ein auf gesetzlich kraft zwingenden oder dispositiven Rechts eintretende Rechtsfolgen gerichteter Wille gegeben ist und erklärt wird. Einen solchen Vorgang dürfen wir nicht unbeachtet lassen; denn er bewirkt, daß die erklärten gesetzlichen Rechtsfolgen im Sinne der Irrtumslehre zum Inhalt der Erklärung gehören und somit ihre Anfechtung nach § 119 BGB möglich ist.[34]

Wenn der rechtsgeschäftliche Wille auf eine bestimmte gesetzlich kraft zwingenden oder dispositiven Rechts eintretende Rechtsfolge gerichtet ist, und zwar nicht nur generell, sondern ausdrücklich, so muß er, um wirken zu können, in die Erklärung aufgenommen werden. Damit wird er zu einem Moment der unbedingt erforderlichen Kundgabe. Erklärungsteile des Rechtsgeschäfts aber, die zur Herbeiführung der mit ihm beabsichtigten Rechtsfolgen unerläßlich sind, die also vollwirksame Teile werden müssen, dürfen nicht außerhalb des Urkundeninhalts verbleiben. Anders würde ja auch in den Fällen, in denen der Formmangel zur Nichtigkeit führt, die einzige praktische Folge der Aufnahme gesetzlicher Wirkungen in der Erklärung, die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums, gegenstandslos werden; denn dann läge es, bliebe überhaupt der formgültige Teil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes nach § 139 BGB bestehen, so, als ob die gesetzlichen Rechtsfolgen nicht besonders gewollt und erklärt wären, und sie würden dann kraft Gesetzes unanfechtbar eintreten.

Nachdem wir mit der Teilung der Nebenabreden in solche, die als Willenserklärungen zur Herbeiführung der mit ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen unbedingt notwendig sind und solche, bei denen die Rechtsfolgen gesetzlich kraft zwingenden oder dispositiven Rechts eintreten, ein bedingt geeignetes Kriterium zur Unterscheidung zwischen formbedürftigen und formfreien Nebenabreden gefunden haben, wollen wir im Anschluß untersuchen, ob ein ähnliches Kriterium auch in der Unterscheidung zwischen Nebenvereinbarungen zu ersehen ist, die die formalisierte Haupterklärung entweder erweitern oder einschränken.

3. Von der Formbedürftigkeit von Nebenabreden, welche die formalisierte Haupterklärung erweitern oder einschränken

Im Hinblick auf das den meisten gesetzlichen Formvorschriften innewohnende Schutzprinzip, das dahingeht, den durch die jeweils in Betracht kommende Verpflichtung Belasteten zu schützen, vertritt die herrschende Meinung den Standpunkt, daß Nebenabreden, welche die Hauptverpflichtung erweitern, selbstverständlich auch der Form unterworfen werden müssen. Durch Umkehrschluß folgern die Kommentatoren die formfreie Gültigkeit einschränkender Ab-

34) Enneccerus-Nipperdey, Bd. 1, § 157, I, 1c, S. 520.

reden. Insbesondere gelegentlich der Ausführungen über die einseitig formbedürftigen Rechtsgeschäfte des BGB-Schuldrechts und hier vor allem über die Bestimmung des § 766 BGB finden sich entsprechende Darstellungen. So schreibt Achilles-Greiff[35]: „Nebenabreden bedürfen der Schriftform, soweit sie dem Bürgen beschweren; aufrechterhaltene Nebenabreden, die die Bürgschaft abschwächen, sind formfrei gültig." In gleichem Sinne äußern sich Soergel, Warneyer und Palandt.[36] Auch Staudinger vertritt diese Auffassung. Er führt aus[37]: „Nebenabreden fallen insoweit unter § 766 BGB, als durch sie die Verpflichtung des Bürgen über das gesetzliche Maß hinaus erweitert wird; im gegenteiligen Falle sind sie wirksam, auch wenn sie nur mündlich getroffen worden sind, weil es insoweit nur um einen Verzicht des Gläubigers handelt."[38] Auch Enneccerus-Lehmann, Cosack und Mitteis sprechen sich im Sinne der herrschenden Meinung aus.[39]

Zum gleichen Ergebnis kommt der RGR-Kommentar[40]: „Die Bürgschaftsurkunde hat nach allgemeiner Regel die Vermutung der Vollständigkeit für sich, auch hinsichtlich einschränkender, dem Bürgen günstiger Nebenabreden, aber nur für die Verpflichtung des Bürgen, nicht für den übrigen Vertragsinhalt. Die Beweislast für behauptete mündliche Einschränkungen der Bürgschaft, die an sich zulässig sind, trifft naturgemäß den Bürgen. Auch nachträgliche Abänderungen der Bürgschaftsverpflichtung bedürfen der schriftlichen Form, wenn sie sie erweitern; schwächen sie sie ab, so sind sie mündlich gültig."

Dem von dem einschlägigen Schrifttum besonders im Hinblick auf die gesetzlich einseitig formbedürftigen Geschäfte entwickelten Satz, daß der Formzwang für die belastete Partei nur insoweit bestehe, als sie durch ihre rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen die eigene rechtliche Lage beeinträchtige, kann nicht beigetreten werden. Zu seiner Widerlegung müssen wir auf die hier in Betracht kommenden Formvorschriften zurückgehen.

Es sind dies die Vorschriften der §§ 518, 761, 766, 780, 781 und 1154 BGB. über das Schenkungsversprechen, den Vertrag, durch den eine Leibrente versprochen wird, über die Bürgschaftsübernahme, das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis und endlich über die Abtretung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung.

Für die Abtretung der durch die Briefhypothek gesicherten For-

---

35) Achilles-Greiff, Erl. 4a zu § 766, S. 321.

36) Soergel-Kom., Erl. 4, S. 38; Warneyer-Kom., Handausgabe, Erl. II, S. 481/482; Palandt-Kom., Erl. 3, S. 737.

37) Staudinger-Kom., Erl. 1c, S. 1483/84.

38) Vgl. auch die bei Staudinger für seine Ansicht angeführten Quellen.

39) Enneccerus-Lehmann, Bd. 2, § 188, II, 3, S. 649; Cosack und Mitteis, Lehrbuch, 1. Bd., § 84, II, 2b, Seite 201; RG 65; 46 f.; 71; 415 f.; 95, 9 f.; u. a.

40) RGR-Kom., Erl. 4 zu § 766, S. 576.

derung nach § 1154 BGB besteht der Formzwang aus Gründen des öffentlichen Interesses. Weil die Uebertragung der Forderung gleichzeitig den Uebergang der Hypothek bewirkt (§ 1153 BGB), diese aber als dingliches Grundstücksrecht dem Erfordernis der öffentlichen Erkennbarkeit unterliegt, so muß der rechtsgeschäftliche Wechsel in der Person des Forderungsberechtigten urkundlich niedergelegt werden.[41] Hinzukommen muß noch die Uebergabe des Hypothekenbriefes. Daß die Form des § 1154 I dem Erfordernis der öffentlichen Erkennbarkeit dient, geht auch daraus hervor, daß die urkundliche Niederlegung der Abtretung durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt werden kann, wobei die Eintragung in diesem Falle alle Punkte der Abtretungserklärung vollständig enthalten muß, weil andernfalls die Fiktion der Unfehlbarkeit des Grundbuches (§ 892 BGB) auch für die persönliche Forderung — soweit ihre Heranziehung zur Geltendmachung der Hypothek erfolgt — nach § 1138 Platz greift. Zur Wahrung des öffentlichen Interesses muß darum auch die Abtretungserklärung vollständig sein. Für Abreden neben der Urkunde über die Abtretung oder der die Abtretung enthaltenden Grundbucheintragung, auch für solche einschränkenden Inhalts, wie etwa Abtretung ohne die Zinsen des laufenden Jahres, ist also hier kein Raum.

Bei den andern vorstehend bezeichneten Rechtsgeschäften besteht die Formvorschrift nicht im öffentlichen Interesse; sie bezweckt vielmehr den Schutz der durch das Geschäft belasteten Partei vor Unüberlegtheit und Uebereilung. Hierzu treten im Einzelfall noch andere Zwecke. So bei dem Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnis der, dem Gläubiger Sicherheit über den Umfang des Versprochenen und eine klare Abgrenzung des ihm rechtswirksam Geschuldeten von dem bloß unverbindlich Zugesagten zu bieten. Bei der Bürgschaft besteht die Formvorschrift aus dem gleichen Grunde im Interesse des Zessionars und des Schuldübernehmers. Beiden soll eine Gewißheit über den Umfang der Bürgschaft gewährt werden, die für die bestehende Schuld gegeben wird. Wenn nämlich der Gläubiger den Anspruch zediert, so gehen nach § 401 BGB die Rechte aus der Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. Ein gutgläubiger Erwerb solcher Rechte, die im Einzelfalle etwa zugunsten des Bürgen ausgeschlossen worden sind, findet nicht statt, und wenn der Schuldner mit einem Dritten mit Genehmigung des Gläubigers einen Schuldübernahmevertrag abschließt, so erfährt dadurch gem. § 767 I, 2 BGB die Haftung des Bürgen keine Erweiterung. Neue Gläubiger und Zessionare haben daher ein berechtigtes Interesse an der Erkennbarkeit des Umfangs der Bürgschaft aus der Vertragsurkunde. Daß der Fall einer Abtretung oder einer Schuldübernahme eintritt, liegt ebenso nahe oder fern, wie die Möglichkeit des Verkaufs eines vermieteten Grundstücks, die für die Formvorschrift für langfristige

41) Motive III, S. 749 a.

Grundstücksmietverträge, wenn man einmal von dem damit bezweckten Schutz des Vermieters und Mieters vor Uebereilung beim Vertragsschluß absieht, den einzigen legis latorischen Grund bildet. Vor allem aber bietet das Gesetz bei allen vorerwähnten Formvorschriften keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, daß die Beurkundung von Geschäftsäußerungen auf die den Erklärenden belastenden Teile beschränkt bleiben sollte.

Nach dem Gesagten läßt sich nunmehr feststellen, daß kein triftiger Grund für die Zulassung formlos gültiger, einschränkender Abreden neben dem urkundlich festgelegten Inhalt des Rechtsgeschäfts, auch wenn dies nur einseitig für formbedürftig erklärt wird, zu erkennen ist.

Die abgelehnte herrschende Meinung stützt sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, von der aber Palandt zu Recht feststellt, daß es sich um anfechtbare Rechtsprechung handelt.[42] Das Reichsgericht hat in der Tat in älteren und jüngeren Entscheidungen mehrfach die Rechtswirksamkeit einschränkender formloser Abreden neben dem formgerechten Geschäftsinhalt von Schuldversprechen und Bürgschaftserklärungen angenommen.[43] In einer Entscheidungsbegründung führt das Reichsgericht aus[44], nur beschwerende Abreden verpflichteten den Bürgen, nicht aber auch einengende oder abschwächende Vereinbarungen. Bei diesen liege die Verpflichtung vielmehr auf Seiten des Gläubigers. Für die Verpflichtung des Gläubigers sehe aber das Gesetz eine Form nicht vor. Das ist nicht richtig. Solche Abreden beziehen sich gleichermaßen auf die Bürgschaft und müssen daher auch vom Bürgen erklärt werden. In einer andern Entscheidung[45] leitet das Reichsgericht die Rechtswirksamkeit einer zugunsten des Bürgen formlos vereinbarten Bedingung aus der Konstruktion eines selbständigen Nebenvertrages ab, in dem, wie es ausführt, der Gläubiger sich zur Geltendmachung von Ansprüchen nur unter der in Betracht kommenden Bedingung verpflichtet habe. Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion folgt daraus, daß hier der Wille der Vertragspartner kaum dahingehen wird, zwei Rechtsgeschäfte getrennt voneinander abzuschließen. Aber auch wenn das im Einzelfalle gewollt sein sollte, wäre der formlosen Nebenabrede die Rechtswirksamkeit abzusprechen; denn es handelt sich hier um von Natur aus einheitliche Rechtsgeschäfte, deren Teile die Parteien nicht von sich aus willkürlich zu trennen vermögen.[46] Die früher angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts vermögen auch schon deshalb nicht zu überzeugen, weil

42) Palandt-Kom., Erl. 3 zu § 766, S. 737.

43) Warn. Rspr., 1908, Nr. 149; 1909, Nr. 340; 1910, Nr. 277; RGZ. 71, 415; RG-JW., 1934, S. 219/20, Nr. 8; RG-HRR., 1935, Nr. 580, I.

44) RGZ., 71, 415.

45) RGZ. 65, 48.

46) Zustimmend Buck: Nachträgliche Herabsetzung des Mietzinses, in: Gruchot, Bd. 48, S. 723 ff., insbesondere S. 725.

es sich in der Entscheidung 65, 48 mit seinen sonst vertretenen Ansichten selbst in Widerspruch setzt, indem es hier formlos vereinbarte, die Bürgschaft erleichternde Bedingungen nicht zuläßt. „Jedenfalls kann nun einer Bürgschaft, die nach § 766 BGB der Schriftform bedarf . . ., nicht außerhalb der Urkunde noch eine Bedingung hinzugefügt werden. Eine Bürgschaft ist entweder bedingt, oder unbedingt; hier ist nun eben eine bedingte Bürgschaft keinesfalls in der gehörigen Form erklärt; was so erklärt ist, ist nur eine unbedingte", heißt es dort.

Wohlgemerkt, handelt es sich in dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle um eine die Bürgschaft erleichternde Bedingung; denn die Haftung des Bürgen sollte von der Gewährung eines Moratoriums an den Hauptschuldner abhängen. Nach der hier entwickelten eigenen Ansicht ist die Entscheidung im Gegensatz zu den übrigen angeführten Urteilen durchaus zutreffend.

Fassen wir noch einmal das Ergebnis der zu 1—3 erörterten Fragen zusammen:

Für die Feststellung, ob eine Nebenabrede dem Formzwange unterliegt oder nicht, ist weder das Merkmal ihrer Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit, noch der Umstand entscheidend, daß sie gelegentlich die Rechtslage des durch die Form Belasteten erleichtert oder erschwert. Vom Grundzweck des Formzwanges her, der in der Formalisierung alles dessen liegt, was die Parteien zur Erreichung des von ihnen beabsichtigten Rechtserfolges kundtun müssen, ist ausschlaggebend für die Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenabreden nur, ob die in Betracht kommende Willensäußerung Teil des Rechtsgeschäftes werden soll oder nicht, wobei im Hinblick auf die von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäfte das Augenmerk darauf zu richten ist, ob eine zweckbedingte, willkürliche Trennung der Teile des einheitlichen Geschäfts auch angängig erscheint, eine Frage, die in der Regel zu verneinen ist.

Demgegenüber lassen sich in gewissem Umfange nach den Rechtsfolgen, die mit dem Rechtsgeschäft herbeigeführt werden sollen, formfrei gültige Abreden von solchen, dem Formzwange unterliegenden Nebenvereinbarungen, so unterscheiden, daß man prüft, ob gewisse Rechtsfolgen, auf die sich die Nebenabreden richten, schon wegen des Vorhandenseins der übrigen Geschäftsteile kraft zwingenden oder dispositiven Gesetzesrechts auch ohne den ausdrücklich geäußerten Parteiwillen eintreten.

II. Von der Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei Geschäften mit rechtsgeschäftlich vereinbarter Form

1. Die Form von Nebenabreden bei Rechtsgeschäften mit bloß angewandter Form

Die Formalisierung von Willenserklärungen aufgrund gewillkürter Form erscheint einmal als bloß angewandte Form, sodann aber auch als regelrechter Formzwang. Da die bloß angewandte

Form an die Formalisierung im Verhältnis zum regelrechten Formzwang schwächere Anforderungen stellt, so wollen wir hier zunächst die Frage prüfen, wie es um die Rechtswirksamkeit von außerurkundlichen Abreden bei Geschäften mit nur angewandter Form bestellt ist.

Wenn ein Vertrag privatschriftlich oder gar gerichtlich oder notariell beurkundet worden ist, obwohl weder gesetzlich noch rechtsgeschäftlich die Einhaltung einer Form bestimmt war, so liegt in Wahrheit gar kein Formalgeschäft vor; denn wo keine ausdrückliche Bindung an die Innehaltung einer Form besteht, muß den Parteien ja die Möglichkeit verbleiben, ihre Willenserklärungen auch formfrei zur Rechtswirksamkeit zu bringen. In solchen Fällen werden daher auch außerhalb der Urkunde vereinbarte Abreden vollwirksame Bestandteile des Vertrages. Dies gilt sowohl für die Nebenabreden, die mündlich, oder wenn der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet worden ist, mündlich oder privatschriftlich bei Vertragsschluß getroffen worden sind, folgerichtig daher auch für die nach Vertragsschluß getroffenen Abreden. Daß sich im Hinblick auf die Punktation und gelegentlich derselben gewollten bindenden Verpflichtungen in solchen Fällen gar keine Formfragen ergeben können, erscheint nach dem Gesagten selbstverständlich. Aendert die nachträglich getroffene Abrede den ursprünglichen urkundlich niedergelegten Vertragsinhalt, so besteht der Vertrag fortan in der abgeänderten Form; denn da das Rechtsgeschäftlich nur äußerlich in eine Form gekleidet, tatsächlich aber formfrei gültig ist, so müssen auch formfreie Abänderungen wirksam sein.

2. Die Form von Nebenabreden bei Rechtsgeschäften mit gewillkürtem, regelrechtem Formzwang

Bei der Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit von Abreden neben Rechtsgeschäften mit gewillkürtem, regelrechtem Formzwange kommt es auf den mit der Form verfolgten Zweck an. Geht er auf die Beweissicherung, so führt der Formmangel nur zum Anspruch auf Nachholung der Formalisierung des Rechtsgeschäfts und damit auch der Nebenabreden, wenn sie als Geschäftsteile gewollt waren.[47] Die Nichtigkeit tritt nicht ein, wenn sie nach der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Form bei Vernachlässigung der Form nicht gewollt war.[48]

Daraus folgt aber andererseits, daß bei Nichteinhaltung der Form gegebenenfalls auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gewollt sein kann. In diesem Falle können die Nebenabreden keine andere Behandlung erfahren als bei den Rechtsgeschäften mit gesetzlichem Formzwange. Da aber nach § 125 Satz 2 BGB die Nichtigkeit als Folge der mangelnden Wahrung der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form nur im Zweifel eintritt, so erfährt die ge-

47) Palandt-Kom., Erl. 2 zu § 125 BGB, S. 92.
48) Warneyer-Kom., Handausgabe, Erl. zu § 125, S. 65.

setzliche Regel des § 125 Satz 1 BGB praktisch die erheblichsten Ausnahmen.

Einmal haben es die Parteien in der Hand, die Tragweite des Formzwanges zu bestimmen; sie können vereinbaren, auf welche Bestandteile des Rechtsgeschäfts sich der Formzwang erstrecken soll.[49] Aus dieser Bestimmung folgt dann auch Entsprechendes für die Nebenabreden. Je nachdem, ob sie sich auf formgebundene oder -ungebundene Teile beziehen oder selbst formbedürftige oder formfreie Bestandteile des Rechtsgeschäfts darstellen — dies ist durch Auslegung zu ermitteln — können sie bei Formverletzung durch eigene Nichtigkeit auch den Bestand des übrigen Geschäftsinhalts bedrohen oder auch formfrei vollwirksame Bestandteile des im übrigen formpflichtigen Geschäfts bilden. Ist aber der Formzwang nicht auf einzelne Teile beschränkt, so sind auch alle Nebenabreden, z. B. über die Erfüllung, den Erfüllungsort, Bedingungen, Dauer eines Mietvertrages oder einer Bürgschaft, den Zeitpunkt und die Art der Uebergabe des Hypothekenbriefes bei der Forderungsabtretung nach § 1154 BGB usw., formbedürftig.

Zum andern aber können die Parteien die einmal zur Wahrung der Form getroffene Vereinbarung wiederaufheben. Dies kann ausdrücklich oder auch stillschweigend geschehen[50], und dies ist für Nebenabreden bei Rechtsgeschäften mit gewillkürtem Formzwang von ganz besonderer Bedeutung. Ein solches stillschweigendes Abgehen von der Form kann in späterem formlosem Abschluß oder in der Erfüllung einer formlos getroffenen Nebenabrede liegen.[51] Aber auch von der Erfüllung einer formlosen Nebenabrede abgesehen, kann schon allein in der Tatsache, daß die Kontrahenten eine Abrede mündlich treffen wollen, eine stillschweigende Außerkraftsetzung der Formvereinbarung liegen.[52] Mit besonderer Deutlichkeit ist dies vom Reichsgericht in der grundlegenden Entscheidung vom 21. März 1919[53] ausgesprochen. Nach dem Tatbestand dieses Urteils hatte der Vermieter dem Mieter einer Schankwirtschaft mündlich völlige Brauereifreiheit zugesichert. Trotz der in dem zwischen den Parteien schriftlich geschlossenen Mietvertrage niedergelegten Bestimmung, daß Zusätze und Abänderungen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform bedürften, hat das Reichsgericht die mündlichen Zusicherungen für rechtsgültig erachtet. Es führt in der Urteilsbegründung aus: „Im Mietvertrag ist freilich die Bestimmung enthalten, daß Abänderungen und Zusätze zur Rechtswirksamkeit der schriftlichen Abfassung und der Unterschrift beider Teile bedürfen. Diese können aber eine solche Vertragsklausel

49) RGR-Kom., Erl. 4 zu § 125, S. 254 mit Bezugnahme auf RGZ. 68, 15 und RG. in Seuf. A., Bd. 77, Nr. 118.

50) Soergel-Kom., Erl. 2b zu § 125 BGB, S. 153; Palandt, daselbst, Erl. 2, S. 92.

51) RG-JW., 1911, 94; Warn. Rspr., 1911, Nr. 7; 1912, Nr. 367.

52) RG-LZ., 1916, S. 1293, Nr. 9.

53) RGZ., 95, 175.

für den Einzelfall außer Kraft setzen, und das geschieht, wenn sie darüber einig sind, daß für ihre vertraglichen Beziehungen neben dem Urkundeninhalt auch eine bestimmte mündliche Abrede maßgebend sein soll". Gerade für Nebenabreden neben Willkürformgeschäften wird dieser Grundsatz praktisch dazu führen, die in § 125 Satz 2 BGB ausgesprochene Vermutung als widerlegt anzusehen, und zwar nicht nur hinsichtlich der bei Vertragsschluß getroffenen, sondern erst recht für die nachträglich zustande gekommenen mündlichen Vereinbarungen neben dem schriftlichen Urvertrag; denn wenn auch die Parteien im formalisierten Urvertrag vereinbart haben, daß Zusätze und Abänderungen der Schriftform bedürfen, so werden sie doch später kaum noch an diese Klausel denken, sich vielmehr durch stillschweigendes Abgehen von der Form an die sich aus der formlosen Nachtragsabrede ergebende Verpflichtung binden wollen, zumal dann, wenn Vertragsabschluß und Nachtragsabrede zeitlich weiter auseinanderliegen.

B) Nebenabreden und Formbedürftigkeit bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften

I. Nebenverträge und Formzwang

Schon in der Einleitung haben wir die Nebenverträge nur als eine besondere Art der Nebenabreden kennen gelernt und ihre im Verhältnis zum Hauptvertrag hervortretende Selbständigkeit als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den üblichen Nebenabreden hervorgehoben. Wir wollen nun die Nebenverträge auf ihre Formbedürftigkeit untersuchen. Dabei bietet, soweit nicht der Nebenvertrag selbst kraft Rechtsgeschäfts oder Gesetzes unmittelbar für formbedürftig erklärt wird, und daher die vorstehend für das von Natur aus einheitliche Rechtsgeschäft aufgestellten Grundsätze Platz greifen, die Vorschrift des § 139 BGB Anlaß zur Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit, wenn § 139 in der Regel von der Nichtigkeit auch nur eines Geschäftsteils im Zweifel das ganze Geschäft ergreifen läßt. Wollen wir also die Frage nach der Formbedürftigkeit der Nebenverträge beantworten — und darauf haben wir schon hingewiesen — so müssen wir erst auf die Frage, wenn ein Nebenvertrag als Teil eines Rechtsgeschäfts anzusehen ist, mit andern Worten, wenn überhaupt ein zusammengesetztes Geschäft vorliegt, zu einem Ergebnis kommen; denn positiv ausgedrückt, besagt § 139 BGB, daß ein Rechtsgeschäft nur gültig ist, wenn alle Teile des Geschäfts gültig sind.

Verhältnismäßig einfach in der Beurteilung liegen die Dinge im Falle des gewillkürten Formzwangs; denn hier ist allein die Formvereinbarung für den Umfang des Formzwangs ausschlaggebend. Durch ihre Auslegung muß nicht nur festgestellt werden, daß das Rechtsgeschäft nur teilweise an die Form gebunden werden sollte, sondern auch, welche Teile der Form unterliegen sollen. Führt die

Erforschung des Parteiwillens in der Formvereinbarung nun zu dem Ergebnis, daß zwar bestimmt nicht das ganze Geschäft mit der Form beschwert werden sollte, daß aber die formfreien oder -bedürftigen Teile nicht bezeichnet sind, so müssen diese im Wege der ergänzenden Auslegung festgestellt werden, indem der mangelhafte parteigeschaffene Tatbestand nach objektiven Gesichtspunkten, insbesondere nach der Verkehrssitte, seine Würdigung erfährt. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die Formvereinbarung durch anderweite Uebereinkunft der Parteien, wie schon erwähnt, jederzeit geändert werden kann. Aus der Schaffung eines formlosen Geschäftsteils, der dazu noch durch eigene Geschlossenheit eine weitgehende Selbständigkeit gegenüber dem Formalvertrag aufweist, kann die Auslegung gegebenenfalls die formfreie Gültigkeit der von der Form ausdrücklich oder auch stillschweigend ausgenommenen Teile folgern.

Schwieriger steht es um die Beurteilung des Formerfordernisses beim gesetzlichen Formzwang. Hier sagt das Gesetz nur, daß z. B. der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, daß ein Miet- oder Pachtvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen werden soll, Schriftform erfordert, und das ebenso für die Erteilung z. B. der Bürgschaftserklärung die Einhaltung der Schriftform Gültigkeitsvoraussetzung ist (§§ 313, 566, 581, 766 BGB). Nicht gesagt wird in den Fällen des gesetzlichen Formzwangs, ob ein damit verbundener Nebenvertrag auch dem Formzwange unterliegt, ob also beispielsweise ein mit einem Grundstücksveräußerungsvertrage, mit einem schriftlichen Miet- oder Pachtvertrag zusammen abgeschlossener Bierbezugsvertrag etwa wegen mangelnder Form nichtig ist und so den Bestand des ganzen Rechtsgeschäfts bedroht. Hier kommt es also darauf an, festzustellen, wann zwischen zwei Verträgen ein derartiger Zusammenhang besteht, daß beide einen zusammengesetzten rechtsgeschäftlichen Tatbestand bilden, dessen einzelne Bestandteile bei der Beurteilung der Frage nach dem Formzwange keine Verschiedenheiten zulassen.

Werden mehrere Rechtsgeschäfte zusammen abgeschlossen, so sind drei Fälle möglich: 1. Der Nebenvertrag wäre nicht ohne den eigentlichen Formalvertrag, 2. der Formalvertrag nicht ohne den Nebenvertrag und 3. schließlich: Keiner der beiden Verträge wäre ohne den andern abgeschlossen worden.

In den beiden ersteren Fällen reicht der Tatbestand zur Annahme eines einheitlichen Gesamtvertrages offenbar nicht aus; denn dieser kann nur gegeben sein, wenn zwischen den Bedingungen der mehreren Geschäfte ein innerer Zusammenhang besteht.[54] Einen solchen inneren Zusammenhang wird man annehmen müssen, wenn die Leistungspflichten aus dem einen diejenigen aus dem andern

54) RGZ., 103, 295 ff.

Geschäft beeinflussen, also bei wechselseitiger Abhängigkeit der Leistungen. Wo es an diesem Zusammenhange fehlt, liegt auch kein einheitlicher Gesamtvertrag vor. Haben also die Parteien das eine Geschäft lediglich als Voraussetzung für ein anderes Rechtsgeschäft abgeschlossen, so kann dies Geschäft zwar von ursächlicher Bedeutung für das andere gewesen sein, die Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschäfts aber scheidet aus; jedem der beiden oder der mehreren Geschäfte kommt selbständige Bedeutung zu. Anders ausgedrückt: Das eine Geschäft hat zwar die Veranlassung zum Abschluß des andern gegeben, die Bedingungen der einzelnen Geschäfte weisen aber keinen inneren Zusammenhang auf.[55] Höchstens könnte die Rechtsbeständigkeit des kausalen Geschäfts nach dem Parteiwillen als Bedingung für den Bestand des andern Geschäfts in Betracht kommen. Als Beispiele für mangelnden inneren Bedingungszusammenhang seien hier angeführt: Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages zusammen mit einem Mietvertrage, wobei der Grundstücksveräußerer die Veräußerung aus einem nicht mit der Miete zusammenhängenden Grunde z. B. aus Geldnot, vornimmt. Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages, in dem sich der Erwerber verpflichtet, das Grundstück wertmäßig auf ein ihm vom Veräußerer versprochenes Darlehen in Anrechnung zu bringen, wenn das auf Darlehnshingabe gerichtete Versprechen nicht von dem Grundstückskauf abhängig gemacht worden ist. Hier würden jeweils zwei selbständige Verträge anzunehmen sein. Bei Abweichung in der Form könnte eine Wirkung des einen Geschäfts auf das andere über die Vorschrift des § 139 BGB nicht in Betracht kommen. Sind äußerlich voneinander getrennte Verträge abgeschlossen, mögen sie in verschiedenen Urkunden niedergelegt oder mag ein Teil von ihnen nur mündlich abgeschlossen sein, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß sie auch nach der Absicht der Parteien nicht als ein einheitlicher Vertrag, sondern als verschiedene selbständige Geschäfte gewollt sind, und dies gerade durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte.[56]

Sobald aber die Parteien erweislich keines der beiden Rechtsgeschäfte ohne das andere abgeschlossen hätten, müssen wir bei der Beantwortung der Frage, ob ein innerer Bedingungszusammenhang besteht oder nicht, zu einer andern Beurteilung kommen. Hier erscheint nur die Vorstellung möglich, daß die beiden abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, weil sachlich in innerster Beziehung zueinander stehend, einen zusammengefaßten, einheitlichen Gesamttatbestand bilden sollen. Nehmen wir wieder unsere vorerwähnten Beispiele: Hier brauchen wir den Tatbestand nur insofern zu ändern, als im Falle der Grundstücksmiete mit gleichzeitiger Grundstücksveräußerung keines der beiden Geschäfte ohne das andere abgeschlossen wäre, daß der Darlehnsgeber sein Darlehen nicht ge-

55) RGZ., 103, 296.
56) RGZ., 79, 439.

geben hätte, wenn nicht der Darlehnsnehmer sich mit einer teilweisen Abgeltung durch die Leistung eines Grundstücks einverstanden erklärt hätte, wobei aber dem Darlehnsnehmer an der Leistung des Grundstücks nur unter der Bedingung der Zahlung der wertmäßig restlichen Darlehnssumme liegen dürfte.

Wie die tatsächliche Vermutung dann, wenn die verschiedenen Geschäfte äußerlich getrennt von einander abgeschlossen sind, auch auf einen auf Trennung gerichteten Parteiwillen geht, so muß bei Beurkundung mehrerer Geschäfte in ein und derselben Urkunde umgekehrt die Vermutung gerechtfertigt erscheinen, daß in diesen Fällen der Parteiwille sich auf die Zusammenfassung der mehreren Geschäfte zu einem einheitlichen Gesamtgeschäft richtet. Wenn nicht der Inhalt der Willenserklärungen ein anderes ergibt, regelt sich die Beweislast entsprechend.[57]

Die gestellten Fragen, wann ein Vertrag als Nebenvertrag anzusehen ist, und wann der Nebenvertrag dem für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Formzwange unterliegt, können wir nach den obigen Ausführungen zusammenfassend folgendermaßen beantworten:

Nebenverträge zu Formalverträgen sind immer formbedürftig. Es kommt also darauf an, festzustellen, ob wirklich zwei an sich auch selbständig denkbare Rechtsgeschäfte im Verhältnis von Haupt- und Nebenvertrag stehen. Diese Frage kann nur nach dem rechtlich-wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den mit beiden Erklärungsinhalten bezweckten Rechtserfolgen beantwortet werden. Der rechtliche Zusammenhang wird durch einen auf Verbindung gerichteten Parteiwillen hergestellt. Der wirtschaftliche Zusammenhang ist gegeben, wenn das Maß der Leistungen durch die innerliche Verbindung der beiden Rechtsgeschäfte beeinflußt worden ist, oder wenn die Erfüllungspflicht aus jeder der beiden Vereinbarungen abredegemäß von Uebernahme der einen wie der andern Verpflichtung abhängt.[58]

Nach dem bisher Gesagten ergibt sich aber noch die Frage, wie es mit der Formbedürftigkeit in den Fällen bestellt ist, in denen nicht der Hauptvertrag, sondern der Nebenvertrag primär dem Formzwange unterliegt, in denen also die Frage hervortritt, ob

57) Palandt-Kom., Erl. 2 zu § 139, S. 115.

58) Palandt-Kom., Erl. 2 zu § 139, S. 115; Enneccerus-Nipperdey, Bd. 1, § 189, IV, 1, S. 615, der aber im Gegensatz zu Palandt gleich Staudinger (siehe daselbst Erl. 2d, Randziffer 5 zu § 139, S. 724) mit Recht mehr Gewicht auf den wirtschaftlichen Zusammenhang legt, wobei sich unseres Erachtens der bei Nipperdey in dessen Ausführungen über Sachbestandteile (Bd. 1, § 118 I, 371) findende Grundsatz auch hier gelten müßte: „Das wirtschaftliche und rechtliche Problem der Bestandteile liegt darin, daß die Rechtsordnung die Aufgabe hat, die Zerstörung wirtschaftlicher Werte durch Auseinanderreißen zu verhindern". Der Begriff „Sachbestandteil" wäre hier lediglich durch den Begriff „Geschäftsbestandteil" zu ersetzen; Kiehl, Grundstücksveräußerungsvertrag, Recht 1923 Sp. 90—92.

sich im Hinblick auf Formerfordernisse unter Umständen auch der Hauptvertrag nach dem Nebenvertrag richtet.

Die Antwort kann hier nur lauten: Wenn einmal Formzwang bei einem der willensmäßig zu einer Einheit zusammengefaßten Rechtsgeschäfte besteht, dann kann die Frage, ob Haupt- oder Nebenvertrag nur nach dem Geschäft mit dem schärfsten Formerfordernis beurteilt werden. Dies ist also vom Standpunkte des Formerfordernisses für den Gesamtvertrag als das Hauptgeschäft anzusehen.

Hinsichtlich der Bedeutung der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vereinbarungen für den Formzwang, hinsichtlich des Formerfordernisses bei auf zwingende und dispositive Rechtsfolgen gerichteten Abreden und im Hinblick auf die Frage nach der Formbedürftigkeit von Vereinbarungen, die die Haupterklärung erweitern oder einschränken, gilt für das Gebiet der Nebenverträge, das für die Abreden bei von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften Gesagte sinngemäß.

Den vorstehenden theoretischen Ausführungen über die Frage nach dem Formzwang bei Nebenverträgen soll angesichts der Bedeutung der zusammengesetzten Geschäfte in der Praxis und zugleich zur Erhärtung der hier vertretenen Auffassung die Besprechung einiger praktischer Fälle folgen, wie sie im Rechtsleben häufig vorkommen. Wir müssen also die Fälle aus dem Gebiet auswählen, auf dem die Wahrscheinlichkeit recht zahlreicher Kombinationsmöglichkeiten des in Betracht kommenden Formalvertrags mit andern Verträgen eine möglichst große ist. In Betracht kommt das Gebiet der Grundstückskaufverträge, und wenn wir unsere Beispiele aus diesem Gebiet wählen, so können sie zugleich richtungweisend für die sich auch bei anderen Formalvertragstypen findenden zusammengesetzten Vertragstatbestände und deren Formerfordernisse sein.

II. Praktische Beispiele und Fälle zur Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenverträgen

Zusammen mit einem Grundstücksveräußerungsvertrag werden in der Praxis die verschiedensten Verträge geschlossen; sehr häufig Maklerverträge, dann aber auch Mietverträge, Pachtverträge, Anstellungsverträge, Inventarüberlassungsverträge, Sachlieferungsverträge aller Art, Darlehensverträge, Bestellungen von Hypotheken und dinglichen Vorkaufsrechten, Gesellschaftsverträge u. a. m. Vor allem für den städtischen Grundstücksverkehr spielen die Makler eine nicht geringe Rolle. Wenden wir uns also zunächst der Frage nach den Verbindungsmöglichkeiten der Maklerverträge mit dem formellen Grundstücksveräußerungsvertrage zu.

Wenn ein Immobilienmakler die Vertragspartner zusammenführt, so sind hinsichtlich der Verbindung zwischen Grundstücksveräußerungsvertrag und Maklervertrag vier Möglichkeiten denkbar:

1. Der Makler wird aufgrund einer Vereinbarung mit dem Veräußerer gem. § 652 BGB tätig, das heißt, der Veräußerer geht dem Makler gegenüber die Verpflichtung ein, diesem für die Vermittlung des Grundstückskaufvertrages ein Entgelt in Form eines bestimmten Provisionssatzes oder einen feststehenden Betrag zu zahlen;

2. der Makler erhält vom Erwerber den Auftrag, ihm ein Grundstück zu verschaffen, das seinen Wünschen gemäß ist und verspricht dafür eine Provision;

3. der Makler ist von dem Veräußerer beauftragt worden, ihm einen Käufer für das Grundstück zuzuführen, wofür der Makler eine Provision erhalten soll, deren Zahlung aber von dem Erwerber für Rechnung des Veräußerers entweder neben dem vereinbarten Nettokaufpreis oder in Anrechnung auf diesen geleistet werden soll;

4. der Veräußerer beauftragt den Makler, das Grundstück für einen Nettopreis zu verkaufen, wobei dem Makler vom Veräußerer keine Provision zugesagt wird, es vielmehr dem Makler überlassen bleibt, eine Provision bei dem Erwerber zu erzielen; der Veräußerer hat weiter kein Interesse an der zwischen Makler und Grundstückserwerber zu treffenden Provisionsvereinbarung, er will lediglich dem Makler das Grundstück an die Hand geben, um einen bestimmten Kaufpreis dafür zu bekommen.

Im ersteren Falle ist die Provision nicht Teil des Kaufpreises, denn der Veräußerer ist allein verpflichtet, das Entgelt für die Tätigkeit des Maklers zu entrichten. Es besteht keine wirtschaftliche oder rechtliche Verbindung zwischen Grundstücksveräußerungsvertrag und Maklergeschäft. Der Formzwang beschränkt sich daher in diesem Falle auf den Grundstücksveräußerungsvertrag.

Ebenso ist im zweiten Falle die Provision nicht Teil des Kaufpreises i. S. des § 12 des Grunderwerbsteuergesetzes, der lautet: Der Veräußerungspreis bestimmt sich nach dem Gesamtbetrage der Gegenleistung einschließlich der vom Erwerber übernommenen oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegenden Leistung; denn auch hier stellt sich die zwischen Erwerber und Makler getroffene Provisionsvereinbarung gleichfalls nicht als ein rechtlich und wirtschaftlich mit dem Veräußerungsvertrag verbundener Nebenvertrag dar, weil die Provisionsvereinbarung keine Folge des Abschlusses des Veräußerungsvertrages ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt der Reichsfinanzhof in einem Urteil vom 2. August 1927[59], in dem es heißt, Voraussetzung dafür, daß die Vermittlungsgebühr des Maklers sich als Teil des Kaufpreises darstelle, sei es, daß eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien des Grundstücksveräußerungsvertrages darüber vorliege. In einer Vereinbarung über die zu zahlende Provision, die zwischen Makler und Käufer getroffen werde, sei der Veräußerer nicht beteiligt.

59) Auszug in Zeitschrift Steuer u. Wirtschaft, 1927, Nr. 641.

Sie könne daher auch nicht als Gegenstand des Kaufvertrages behandelt werden. Die Vermittlungsgebühr könne kein Teil des Kaufpreises sein, weil sie dem Verkäufer in keiner Weise zugute komme. Sie gehöre zu den vom Käufer allein aus Anlaß der Erwerbung gemachten Aufwendungen und komme deshalb als Gegenleistung an den Verkäufer nicht in Betracht. Aus diesen Darlegungen folgt, daß auch dann kein Beurkundungszwang für den zwischen Käufer und Makler geschlossenen Vertrag zusammen mit dem Grundstückskaufvertrag besteht, wenn die darin getroffenen Provisionsvereinbarungen ein außerordentlich hohes Entgelt für den Makler festsetzen.[60]

Im Falle 3 muß, damit der Erwerber die Zahlung der Provision für den Veräußerer und zwar für dessen Rechnung an den Makler leistet, eine entsprechende Vereinbarung zwischen Veräußerer und Käufer getroffen werden. Diese Vereinbarung ist Bestandteil des Grundstücksveräußerungsvertrages; denn hier ist die Leistung der Provision durch den Verkäufer ein Teil der an den Veräußerer vorzunehmenden Gegenleistung i. S. des § 12 des Grunderwerbssteuergesetzes. Die zwischen Veräußerer und Makler getroffene Provisionsvereinbarung unterliegt demnach hier dem Formzwange des § 313.

Bei der vierten der aufgezeigten Möglichkeiten übt der Makler eine Doppeltätigkeit aus: Für den Veräußerer ist er aufgrund eines unentgeltlichen Auftrages tätig, der dahingeht, einen Käufer zu beschaffen; eine Provisionsvereinbarung besteht aber andererseits nur zwischen Makler und Grundstückskäufer, der nach dieser Vereinbarung auch allein zur Zahlung des Maklerlohns verpflichtet ist. Diese Doppeltätigkeit des Maklers ist zulässig. Staudinger sagt[61]: „Der Standpunkt des Gesetzes im allgemeinen ist der, daß es für die Beurteilung der Frage einer Doppeltätigkeit in erster Linie auf Gestalt und Beschaffenheit des Einzelfalles ankommt. Es ist daher vor allem der Vertragsinhalt im Einzelfall zu prüfen."

Die Stellung eines beigezogenen Mäklers kann an sich von doppelter Art sein: die eines völlig unparteiischen Vermittlers oder die eines Vertrauensmannes eines der Interessenten am beabsichtigten Rechtsgeschäft. Im ersten Falle ist die fragliche Doppeltätigkeit grundsätzlich zulässig, im zweiten Falle im Grundsatz ausgeschlossen. Es besteht aber keine gesetzliche Vermutung für den einen oder den andern Fall, die Entscheidung ist vielmehr jeweils abzustellen auf die besonderen Umstände des Einzelfalles.[62] Damit im Zusammenhange steht die negative Formulierung des § 654 BGB. Hier wird lediglich verordnet, daß der Anspruch auf den

60) Ott, Handbuch, S. 329, Zif. 14.
61) Staudinger-Kom., Erl. 2a zu § 654 BGB, S. 1057.
62) Vgl. auch Oertmann-Kom., Erl. 1b, β, S. 1024/25; Doerr, Mäklervertrag, in: Seuf. Bl., Bd. 70, S. 630 unter IV, a; Planck-Kom., Erl. 2b zu § 654, S. 1149; RG-JW., 1913, 200, Zif. 11.

Mäklerlohn und auf den Ersatz von Aufwendungen ausgeschlossen ist, wenn der Mäkler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den andern Teil tätig gewesen ist und zwar im Rahmen einer wirklich vermittelnden Tätigkeit. Daß die Gegenpartei ihrerseits die vermittelnde Tätigkeit des Maklers in Anspruch nehmen wolle, folgt nicht schon aus dem Umstande, daß sie auf das vom Mäkler mitgeteilte Vertragsangebot eingeht.[63] Die Doppeldienstleistung ist somit nicht schlechthin verboten, sie darf aber den Vertragspflichten im Einzelfalle nicht zuwiderlaufen". Gleichgültig aber, ob der Makler als Vertrauensmann oder sonstwie für beide Teile tätig wird, gehört die Provision doch nicht als Teil zu dem Entgelt für das zu erwerbende Grundstück, sofern der Maklerlohn ausschließlich vom Erwerber zu zahlen ist und keine Vereinbarung über die Provisionszahlung zwischen Käufer und Verkäufer des Grundstücks vorliegt. Hierdurch unterscheidet sich der hier gebildete Fall 3 grundlegend von dem hier zur Behandlung stehenden Falle; denn bei der zu 4 genannten Möglichkeit sollte ja kein Abwälzungsvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber bestehen. Fehlt aber eine Abwälzungsvereinbarung zwischen Erwerber und Veräußerer, so leistet der Erwerber die Provision auf eigene Rechnung, und zwar aufgrund eines besonderen, die Interessen des Veräußerers überhaupt nicht berührenden Vertrages zwischen Erwerber und Makler.

Daß die zwischen Erwerber und Makler ausgemachte Vergütung nicht Teil der Gegenleistung i. S. des § 12 des Grunderwerbssteuergesetzes ist, hat das Reichsgericht in der Entscheidung vom 7. Dezember 1923[64] ausgesprochen. Nach dem Tatbestand dieses Urteils hatte der Makler von dem Veräußerer Auftrag und Vollmacht erhalten, dessen Grundstück — jedoch nicht unter 60.000 Mark — zu verkaufen. Der Makler fand eine Käuferin, die bereit war, 67.000 Mark zu zahlen. Mit ihr vereinbarte der Makler, daß 60.000 Mark als Kaufpreis und 7.000 Mark als Vermittlungsgebühr an ihn selbst gezahlt werden sollten, nachdem er ihr das Grundstück für 67.000 Mark angeboten hatte. Die Zahlung der 7.000 Mark sollte vor dem Veräußerer geheim gehalten werden. Dies geschah auch. Der Makler wurde von der Anklage, Beihilfe zur versuchten Steuerhinterziehung geleistet zu haben, freigesprochen. In den Urteilsgründen heißt es: „Von einer Gegenleistung kann begrifflich nur die Rede sein, wenn die Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis zueinander stehen, wenn also die Gegenleistung demjenigen, der die Leistung bewirken soll, als Entgelt hierfür versprochen wird .... Voraussetzung ist aber dabei immer, daß die Verpflichtung zu der Leistung an den Dritten dem Verkäufer gegenüber übernommen wird. Daran fehlt es im vorliegenden Falle, da T. — der Veräußerer — nach der Abrede des

63) OLG Hamburg, Bd. 28, 198.
64) RGZ., 58, 41.

Angeklagten — Maklers — mit der S. — Erwerberin — von den gezahlten 7.000 Mark überhaupt nichts erfahren sollte".

Für die vierte der aufgezeigten Möglichkeiten haben wir also daran festzuhalten, daß die Provision hier nicht Teil der Gegenleistung ist, und daher Provisionsvereinbarung und Grundstücksveräußerungsvertrag nicht im Verhältnis Hauptvertrag-Nebenvertrag stehen. Der Formzwang erstreckt sich also nicht auf diese Vereinbarung. Das innere Einverständnis des Veräußerers mit der Provisionszahlung durch den Erwerber führt zu keiner rechtlichen Verbindung zwischen Grundstücksveräußerungsvertrag und Provisionsvereinbarung; es ist rechtlich unerheblich.[65]

Aehnlich wie im vorerwähnten Falle 3, indem der Maklervertrag sich als Nebenvertrag des Grundstücksveräußerungsgeschäfts erwies und daher dem Formzwange unterliegt, beurteilt das Reichsgericht einen Fall[66], in dem sich der Käufer eines Wirtschaftsanwesens dem Verkäufer gegenüber zum Bierbezug verpflichtete. Nach der Rechtsprechung muß diese Verpflichtung in den Formalvertrag aufgenommen werden, wenn beide Parteien ohne die Uebernahme der Bierbezugsverpflichtung den Grundstücksveräußerungsvertrag nicht abgeschlossen hätten. Ebenso können Abreden über die Räumung oder Beibehaltung der vom Verkäufer des Grundstücks innegehabten Wohnung formbedürftig sein, wenn sie neben dem Grundstückskauf getroffen werden. Wenn sich der Verkäufer gegen eine besondere Vergütung zur sofortigen Räumung verpflichtet, und geht diese Vereinbarung auch nicht im Wege der Auslegung aus dem notariellen Vertrag über den Grundstückskauf hervor, so ist das gesamte Abkommen nichtig. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts findet die Möglichkeit, wirtschaftlich zusammenhängenden Verträgen durch äußerliche Trennung einen voneinander unabhängigen rechtlichen Bestand zu geben, da ihre Grenze, wo Leistungen und Gegenleistungen aus dem einen Vertrage noch zu denen aus dem anderen Vertrage gehören. Diesen Zusammenhang nimmt das Reichsgericht an, da die Räumung in Wirklichkeit sich als nichts anderes darstellt, als die dem Verkäufer nach § 433 BGB obliegende Verpflichtung zur Uebergabe des Grundstücks an den Käufer.[67]

Wird bei einem Grundstückskauf durch mündlichen Vertrag dem Verkäufer die seither von ihm inneghabte Wohnung mietweise weiter überlassen, so ist für die Frage der Beurkundungspflicht für diesen Vertrag entscheidend, ob der Mietvertrag nur aus Anlaß des beurkundeten Veräußerungsvertrag geschlossen wurde. Dies trifft zu, wenn die Vertragsparteien den Veräußerungsvertrag als gegebene Tatsache angesehen haben, Beispiel: Die Parteien sind sich

65) Zustimmend Adler, Maklerprovision, in: JW. 1937, 1301.
66) RGZ., 64, 407.
67) LZ., 1924, 199; Jur. Rundschau 1926, Nr. 1113; RGZ. 114, 233.

bewußt, daß an sich das Grundstück dem Käufer mietfrei übergeben werden mußte; um aber dies zu vermeiden, schließen die Parteien einen Mietvertrag ab. Sobald aber beide Verträge als Einheit gewollt sind — dies ist z. B. anzunehmen, wenn der Veräußerer dafür, daß er in seiner bisherigen Wohnung wohnen bleiben darf, billiger überläßt — dann kann gem. § 139 BGB der Formmangel des Mietvertrags zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts führen.[68] Zeiten der Wohnungsnot werden die Vermutung als gerechtfertigt erscheinen lassen, daß Grundstücksveräußerung und Mietvertrag eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit bilden sollen. Sofern aber aus den Vorverhandlungen der Vertragsteile deutlich wird, daß das Grundstück auch ohne Mietvereinbarung an den Käufer überlassen worden wäre, handelt es sich bei dem Mietvertrag um ein selbständiges Rechtsgeschäft, das nicht der Form des § 313 BGB unterliegt.[69]

Hat in einem notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrage ein Dritter, der sich im Besitze des Grundstücks befindet, seine Verpflichtung zur sofortigen Räumung erklärt, so ist doch eine vom Käufer übernommene Verpflichtung, ihm dafür eine Vergütung zu gewähren, nur dann formbedürftig, wenn nach den Willensäußerungen der Vertragsbeteiligten dieses Leistungsversprechen in einem die Wirksamkeit des Kaufvertrages bedingenden rechtlichen Zusammenhang mit ihm stehen sollte. Daher besteht kein Beurkundungszwang, wenn der Verkäufer nichts von der Vereinbarung dieser Sondervergütung weiß.[70]

Auch wenn ein Grundstück mit zugehörigem Vieh oder ein Hausgrundstück mit einem dort betriebenen Geschäft zur Veräußerung kommen, und außer dem Grundstücksveräußerungsvertrag nicht auch die Abreden über die Veräußerung des Viehs oder des Geschäfts in die Urkunde aufgenommen werden, entscheidet sich die Frage nach der Gültigkeit dieser Abreden und gegfs. des ganzen Rechtsgeschäfts danach, ob nur ein wirtschaftlicher oder aber auch ein innerer rechtlicher Zusammenhang zwischen sämtlichen Willenserklärungen der Parteien besteht.[71]

Aus der jüngeren Rechtsprechung zur Frage nach der Formbedürftigkeit von Nebenverträgen ist noch ein Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 16. September 1941[72] hervorzuheben:

---

68) RGZ. 97, 219.

69) KG-JW., 1927, 1029, 7; über die Frage, ob in der Abstandszahlung des Grundstückskäufers an den bisherigen Mieter ein verschleierter Teil des Kaufpreises liegt, der der Beurkundung bedurft hätte, vgl. RG. VI 417/27 vom 3. Mai 1928, in: Vossische Zeitung, Recht und Leben, vom 28. Juni 1928; ferner jur. Rundschau 1927, Nr. 1512 und über Grundstückskaufvertrag mit gleichzeitigem Wohnungstausch, Jur. Rdsch. 1927, Nr. 351.

70) RGZ., 145, 246.

71) Warn. Rspr., 1922, Nr. 123; RG-JW., 1924, 1246.

72) Deutsches Recht, 1942, 478.

Auf einem dem Kläger und seiner Ehefrau gehörenden Grundstück betrieb dieser eine Molkerei. Aufgrund eines notariellen Vertrages vom 22. Oktober 1935 verkauften die Eheleute das Molkereigrundstück mit Gebäuden an eine Molkereigenossenschaft. Gleichzeitig wurde ein Molkereileitervertrag entworfen, wonach der Kläger — Grundstücksverkäufer — gegen ein Monatsgehalt von 450 Mark, zuzüglich 1% des bilanzmäßig ausgewiesenen jährlichen Reingewinns als Molkereileiter von der Molkereigenossenschaft — Grundstückskäuferin — von der Inbetriebnahme der von ihr neu zu erbauenden Molkerei ab angestellt wurde. Unstreitig hingen der notarielle Grundstückskaufvertrag vom 22. Oktober 1935 und der Anstellungsvertrag auf das engste zusammen; keiner der beiden Verträge sollte ohne den andern gewollt sein. Der notarielle Grundstückskaufvertrag und der schriftlich abgefaßte Anstellungsvertrag waren in äußerlich voneinander getrennten Urkunden niedergelegt. Ab 1. April 1937 führte der Kläger die Molkerei als Angestellter der Genossenschaft. Durch notariellen Vertrag vom 30. 11. 1938 verkaufte die Molkereigenossenschaft als eingetragene Eigentümerin die Molkereigrundstücke zusammen mit dem zur Molkerei gehörigen beweglichen und unbeweglichen Inventar an die Milchversorgung F., G. m. b. H. in F., die Beklagte. Nachdem die Beklagte die Molkerei übernommen hatte, wurde der Kläger zunächst bei ihr weiterbeschäftigt. Am 29. September 1940 kündigte die Beklagte dem Kläger das Anstellungsverhältnis zum 31. Dezember 1940. Der Kläger erklärte unter Berufung auf seinen mit der Voreigentümerin der Molkerei geschlossenen Anstellungsvertrag die Kündigung für unwirksam. Der Rechtsstreit führte zu folgendem Hauptstreitpunkt: Ob der schriftlich entworfene Anstellungsvertrag zwischen dem Kläger und der Molkereigenossenschaft, an die er früher sein Grundstück verkauft hatte, wirksam geworden sei, und ob damit die in dem Anstellungsvertrage über die Anstellungsdauer getroffenen Bestimmungen zur Wirksamkeit gelangt seien.

In der Urteilsbegründung heißt es:

Trotz äußerer Trennung handele es sich hier um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Dies habe nach § 313 in Verbindung mit § 139 BGB, weil der Anstellungsvertrag nicht in der in § 313 Satz 1 BGB für den Grundstücksveräußerungsvertrag vorgeschriebenen Form abgeschlossen worden sei, zunächst die Folge, daß an sich das ganze Rechtsgeschäft als nichtig gelten müsse, wenn nicht die Auflassung des Grundstücks an die Genossenschaft und deren Eintragung als Eigentümerin in das Grundbuch gem. § 313 Satz 2 BGB den Formmangel der anstellungsvertraglichen Abreden geheilt hätte.

Wichtig für die vorstehenden Ausführungen ist also, daß hier das Reichsarbeitsgericht Anstellungsvertrag und Grundstücksveräußerungsgeschäft als einheitliches zusammengesetztes Rechtsge-

schäft ansieht, obwohl der Zusammenhang beider Geschäfte im Formalvertrage nicht ausdrücklich erklärt wurde, sondern sich als ein stillschweigend bedingter darstellte. Es unterstützt mit dieser Entscheidung die vertretene Auffassung, daß dann, wenn ein auf Zusammenfassung von Verträgen mit verschiedenen Essentialien gerichteter Parteiwille vorhanden ist, der Nebenvertrag, der an sich auch als selbständiges Rechtsgeschäft denkbar wäre, durch die Zusammenfassung dem Formzwange des Formalvertrags unterworfen wird.

Wenn Oberneck meint, die Ausdehnung des Formzwangs auf auch selbständig denkbare und nach deren Essentialien formfreie oder formschwächere Verträge biete dem illoyalen Verhalten Vorschub, und aus diesem Grunde müsse eine einengende Auslegung der Formvorschrift des § 313 gefordert werden [73], so verkennt er damit einmal das Wesen des zusammengesetzten Geschäfts, das, wenn es vorliegt, genau so eine Einheit bildet, wie das von Natur aus einheitliche Rechtsgeschäft; zum andern aber läßt er offenbar die Bedeutung der Bestimmung des § 242 BGB außer Betracht, die zur Bewirkung der vertraglichen Leistungen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verpflichtet und damit demjenigen, gegen den sich ein unlauteres Verhalten richtet, die Einrede der Arglist als Verteidigungsmittel an die Hand gibt. Von der Bedeutung der Arglisteinrede für die weitgehende Vermeidung von Nichtigkeitsfolgen bei Formverstößen wird noch zu sprechen sein.

Die vorstehend gegebenen Beispiele mögen genügen. Mit ihnen können wir die Erörterungen über die Formbedürftigkeit von Nebenverträgen als abgeschlossen betrachten. Es kam hier darauf an, zu zeigen, daß und inwieweit der Formzwang des Hauptgeschäfts über dessen Rahmen hinausgehen und sich auf Geschäfte mit selbständigen Essentialien ausdehnen kann. Dies auch für die nach Vertragsschluß getroffenen Nebenabreden festzustellen, wird der Gegenstand des folgenden Abschnitts sein.

3. Abschnitt: Nachträgliche Abreden als Gegenstand des Formzwangs

A) Allgemeines über Nachtragsabreden

I. Begriff der Nachtragsabreden

Der Begriff der Nachtragsabreden folgt klar aus ihrer Bezeichnung als Vertragsnachträge. Während die Vorberedungen den rechtsgeschäftlichen Tatbestand vorbereiten, also die erste Stufe in seiner Entwicklung bilden, stellen sich die Nachtragsabreden, nachdem inzwischen der Abschluß des Rechtsgeschäfts als zweite Stufe

73) Oberneck in JW., 1920, 374 zu III.

in seiner Entwicklung gefolgt ist, als die dritte Phase in dessen Werdegang dar. Die Abgrenzung der Nachtragsabreden gegenüber den Abreden, die bei Vertragsschluß getroffen werden, erweist sich bei genauerer Betrachtung als eine im Gegensatz zur Abgrenzung der Vorberedungen von den beivertraglichen Abreden nicht so klar ins Auge springende; denn erfahrungsgemäß treten die Unterschiede zwischen der Vorbereitung und der Gestaltung der parteilichen Rechtsbeziehungen stärker hervor als diejenigen zwischen gewordenem Vertrage und der weiteren Entwicklung seines Inhalts. Allerdings gilt das Gesagte vorwiegend für die subjektive Betrachtungsweise, wie sie sich in erster Linie vom Standpunkt der am Vertrag selbst Beteiligten ergibt; für den objektiven Betrachter, der die ganze Vertragsentwicklung vom Standpunkt nachträglicher Prognose ansieht, heben sich ja alle Phasen des vertraglichen Werdeganges klar gegeneinander ab.

Daß wir unter Nachtragsabreden für die vorliegende Arbeit nur die Nebenabreden, also die formlos getroffenen Vereinbarungen gegenüber dem im übrigen formalisierten Vertragsinhalt verstehen wollen, erscheint nicht mehr weiter darlegungsbedürftig.

II. Das Verhältnis der Nachtragsabreden zum Inhalt des Urvertrags

Wenn die Parteien einen Vertrag geschlossen haben, so sind sie nicht behindert, seine Bestandteile durch nachträgliches Abreden zu ändern. Es brauchen aber nicht immer Aenderungen des urvertraglichen Inhalts zu sein, die mit den Nachtragsabreden vorgenommen werden, vielmehr können auch bloße Erläuterungen gewollt sein, nur ist dies in der Regel schon deshalb nicht der Fall, weil die Vertragspartner im Zeitpunkt, da nachträgliche Vereinbarungen getroffen werden, die Mängel des ursprünglichen Vertragsinhalts erkannt haben, und gewillt sein werden, diese Mängel durch Aenderungen abzustellen.

Der geschlossene Vertrag kann sich in zweierlei Hinsicht als änderungsbedürftig erweisen: Einmal kann der alte Vertragsinhalt in einzelnen Bestandteilen änderungsbedürftig sein, z. B. ein Mietvertrag hinsichtlich der Höhe des Mietzinses oder ein Gutpachtvertrag im Hinblick auf den Umfang der Fruchtziehung, etwa der Waldnutzung; dann werden die Parteien diese Bestandteile herausnehmen und durch neue ersetzen. Möglich ist aber auch, daß der alte Vertragsinhalt bestehen bleiben soll, aber als erweiterungsbedürftig empfunden wird, z. B. ein Mietvertrag hinsichtlich fehlender Bestimmungen über Straßenreinigung und Treppenbeleuchtung, ein Pachtvertrag im Hinblick auch noch nicht vorhandene Vereinbarungen über Nachforstung genutzter Wälder oder die Fortsetzung des Wohnungsbaues für Gutsarbeiter durch den Gutspächter bei kostenmäßiger Beteiligung des Verpächters; dann werden die Kontrahenten nachträglich ergänzende Abreden treffen und diese als neue

Bestandteile dem alten Vertragsinhalt anfügen. Die Ergänzungsabreden haben naturgemäß auch ihre Wirkungen auf das ganze Rechtsgeschäft und stellen sich somit ebenfalls als vertragsändernde Abreden dar. Dabei ist es gleichgültig, ob einzelne Vertragsbestandteile erweitert oder neue hinzugefügt werden.

Gemäß § 305 BGB ist zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag erforderlich. Je nachdem, ob sich die Aenderungsabreden auf Haupt- oder Nebenpunkte beziehen, kann man unterscheiden zwischen Abreden, durch welche Nebenpunkte geändert werden sollen und solchen, die auf die Aenderung von Hauptpunkten gerichtet sind. Auch durch Aenderungen, die sich auf Hauptpunkte des Rechtsgeschäfts beziehen, soll dies in der Regel nur geändert, nicht aber aufgehoben werden. Eine Aufhebung des alten Vertrages durch Nachtragsvereinbarungen wird man erst dann annehmen können, wenn dies in den Erklärungen der Parteien entweder ausdrücklich gesagt wird, oder aber die Nachtragsvereinbarungen die Rechtsbeziehungen der Vertragspartner von ihrem Abschluß an so vollständig regeln, daß die Vertragsschließenden auch ohne Hinzunahme der urvertraglichen Erklärungen zu dem gewollten Rechtserfolg kommen können. Daß durch Ersatz alter Vereinbarungen durch neue oder durch Hinzufügung neuer Bestandteile, also durch Ergänzung des alten Vertragsinhalts der Urvertrag nur geändert, nicht aber aufgehoben wird, folgt aus dem über die Nachtragsvereinbarungen zu Hauptpunkten Gesagten von selbst. Und wie steht es nun mit dem Formzwang bei Nachtragsabreden?

B) Der Formzwang bei Nachtragsabreden

I. Vom Formzwang bei Nachtragsabreden im Allgemeinen

Nachträglich geschaffene Geschäftsbestandteile sind im Grundsatz genau wie die ursprünglich geschaffenenen Bestandteile zu behandeln[74]; denn sie sind diesen in ihrem Wesen gleich. Auch sie sollen Inhalt des formbedürftigen Rechtsgeschäfts werden.

74) Planck-Kom., daselbst, Erl. 4d, S. 318; Staudinger-Kom., Erl. A, II, 2 zu § 313, S. 431, vorsichtiger jedoch in Erl. I, 5d, zu § 125, S. 636; Warneyer-Kom., Erl. III zu § 125, S. 208; Brückner: Wirksamkeit mündlicher Vor- und Nebenberedungen. In: das Recht, 1900, S. 343; Frei: Gewillkürte Form, S. 23; Buck: Nachträgliche Vereinbarung des Mietzinses, in: Gruchot 48, 725; Henle: Schuldrecht, § 111, I, 2a, bb, S. 661, wo es abweichend heißt: „Einer Form bedarf der Aenderungsvertrag als solcher nicht. Wenn daher bei einem Grundstückskaufe die Auflassung und Eintragung nachfolgen, so wird eine zuvor formlos geschlossene Aenderung gültig", also vorher doch unwirksam? „und hinfort kann formlos geändert werden"; RGZ. 51, 181; RGZ. 65, 392; RG-LZ. 1908, Sp. 934, Nr. 19; RG. Warn. Rspr. 1911, Nr. 226 und 318; RG-LZ. 1915, Sp. 116, 1918, Sp. 835; RG-Recht 1907, Nr. 2518, 1908 II, Nr. 3762; Recht 1925, Nr. 913; RG-Warn. Rspr. 1916, Nr. 243; RG-JW. 1921, 2. Halbbd., S. 1231; KG. in: OLG. 28, 73; OLG. Hamburg in: Hanseatische Gerichtszeitung 1916, Beibl. S. 208.

„Die Lage ist nicht anders, als wenn die Abänderung des ursprünglichen Vertragsinhalts vereinbarte Bestimmung von vornherein vereinbart worden wäre". sagt Staudinger.[75] Der häufig vertretenen Ansicht, daß jede Abschwächung einer durch das Rechtsgeschäft übernommenen Verbindlichkeit formfrei sei[76], kann somit keine Folge geleistet werden. Nur wenn durch die nachträgliche Aenderung lediglich Teile des ursprünglichen Geschäftsinhalts aufgehoben werden, ohne daß dadurch der Charakter des Geschäfts geändert oder der Wert von Leistung und Gegenleistung erheblich gegeneinander verschoben wird, ist die nur die Entstehung des rechtsgeschäftlichen Inhalts betreffende Formvorschrift unanwendbar; so etwa, wenn aus einem Grundstücksveräußerungsvertrag die Verpflichtung des Veräußerers aufgehoben wird, dem Erwerber bei der Inventur bezügl. mitverkaufter Waren behilflich zu sein, weil sich später herausstellt, daß der Erwerber die Hilfeleistung des Veräußers nicht will. Der Kreis solcher Fälle ist aber eng begrenzt. Bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften sind sie ohne weiteres denkbar, wenn eins der zur Einheit zusammengefaßten Einzelgeschäfte aufgehoben wird. Dagegen stellt bei den von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften die Aufhebung eines Geschäftspunktes zugleich eine Abänderung des ganzen Inhalts dar, weil ohne den aufgehobenen Punkt das Rechtsgeschäft ein anderes ist. Wird z. B. bei einem Grundstücksveräußerungsvertrage die Vereinbarung, daß die Leistung des Veräußers genau zu einer bestimmten Zeit zu geschehen habe, aufgehoben, so erfährt damit der Charakter des ganzen Geschäfts als eines Fixgeschäfts eine Veränderung. Oder wird bei einem Mietvertrage eine Nebenverpflichtung des Vermieters aufgehoben, so wird damit zugleich die Gegenleistung des Mieters, deren Höhe innerlich von jener Nebenverpflichtung mitbestimmt war, abgeändert, nämlich relativ heraufgesetzt. Buck folgert hieraus zutreffend, daß bei gegenseitigen Verträgen nur solche Veränderungen als teilweise Aufhebungen aufzufassen sind, die „Parteirechte und -pflichten" für beide Teile gleichmäßig außer Kraft setzen, ohne gleichzeitig neue zu begründen"; ob das auch nur annähernd der Fall ist, ist nach Bucks Ausführungen überaus schwierig oder überhaupt nicht zu entscheiden. Deshalb seien nur — solche Nachtragsvereinbarungen formlos zuzulassen, in denen ein regelrechter Erlaß zu sehen sei.[77]

Möglich ist, daß für die Aufhebung eine Form durch Gesetz (§§ 2290, 2351 BGB) oder durch Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist,

75) Staudinger, Kom., Erl. A, II, 2 zu § 313.

76) Soergel, Kom., Erl. 3b zu § 125, S. 154; Palandt-Kom., Erl. 10 zu § 313, S. 323, oben; derselbe in Erl. 3 zu § 766; RGR-Kom., Erl. 4 zu § 766, S. 576 unter Berufung auf RGZ 59, 10; 81, 414 und RG in JW. 1903 Beil. Nr. 240; Enneccerus-Lehmann, Bd. 2, § 188, II, 3, S. 649.

77) Buck: Nachträgliche Vereinbarungen des Mietzinses, in: Gruch. Beitr. 48, 726/727; RGZ. 109, 26.

oder daß sich aus der besonderen Art der Rechtsfolgen, die mit der Aufhebung eines Rechtsgeschäfts herbeigeführt werden, ergibt, daß dessen Beseitigung nur in der gleichen Form erfolgen kann, wie die Errichtung (§§ 573, 925, 1434 in Verbindung mit 1432). In diesen Fällen leitet sich die Formbedürftigkeit der Teilaufhebung aus dem Formzwange für die Aufhebung her, nicht aus dem für die Errichtung des Rechtsgeschäfts.

II. Ausnahmen

Ausnahmsweise sind formfreie Aenderungen dort unbedenklich zuzulassen, wo der Zweck der Formvorschrift schon mit der Wahrung der Form bei der ersten Errichtung des Rechtsgeschäfts erfüllt ist. Dies trifft dort zu, wo die Formvorschrift ausdrücklich dem Schutze einer Partei dient, und die Abänderung der geschützten Partei eine bessere rechtliche Stellung verschafft und einen Geschäftspunkt betrifft, der mit dem, zu dessen Schutze die Formvorschrift besteht, nicht im inneren Zusammenhange steht. Es ist aber daran festzuhalten, daß beide genannten Voraussetzungen zusammenkommen müssen, und daß es sich um eine Ausnahme von dem Grundsatz handelt. Die Feststellung, daß eine Formvorschrift keinen weiteren Zweck verfolgt, als den Schutz einer Partei, wird sich übrigens kaum machen lassen.[78]

Wird nachträglich in tatsächlichem, nicht aber rechtlichem Zusammenhange mit dem Urgeschäft ein Vertrag geschlossen[79], so hat dies unechte Nebengeschäft keine Aenderungswirkung für das Urgeschäft, weil das neue Geschäft selbständig neben das alte gestellt wird.

III. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich also sagen: Mit Ausnahme der vorerwähnten Abweichungen von der Regel bedürfen nachträgliche Abreden, die Bestandteile des Urvertrags werden sollen, der Form. Wird der Form nicht genügt, so führt das — zumindest bei Geschäften mit gesetzlichem Formzwang — zur Nichtigkeit des nachträglich Vereinbarten (§ 125 BGB), ob auch zur Nichtigkeit des Urvertrages, wird an späterer Stelle noch darzulegen sein.

Zunächst soll noch auf eine andere Frage eingegangen werden, auf die nach der Behandlung der Nebenabreden von Vertretern, — dies soll im folgenden, anhangsweise angefügten Abschnitt geschehen. —

---

78) Vgl. hierzu die Ausführungen im 2. Abschnitt unter A, I, 3 dieses Kapitels.

79) Hier handelt es sich um unechte Nebenverträge, da echte Nebenverträge, wie Bondi in seinen Erläuterungen 27 zu § 350 HGB, S. 178 richtig ausführt, durch Gleichzeitigkeit des Abschlusses mit dem Hauptvertrag charakterisiert sind.

4. Abschnitt: Die Nebenabreden der Vertreter

(Anhang)

A) Die Nebenabreden der abschlussbevollmächtigten Vertreter

I. Allgemeines

Im bisherigen Verlauf der Arbeit haben wir nur diejenigen Vereinbarungen neben den in eine Form gebrachten Erklärungen der Parteien gewürdigt, die von den am Vertrage unmittelbar Beteiligten, also ohne Mitwirkung anderer Personen getroffen worden sind. Im praktischen Rechtsleben aber werden die Vertragsverhandlungen bei weitem nicht immer von den eigentlichen Kontrahenten geführt. Vor allem Kaufleute bedienen sich häufig ihrer „Vertreter". Deren Vereinbarungen neben den schriftlichen Auftragserteilungen spielen daher eine nicht geringe Rolle im Verkehr. Im Hinblick auf solche Mittelspersonen pflegt häufig die Frage aufzutauchen, ob deren Zusicherungen gegenüber den Kunden als für den Geschäftsherrn verbindlich gelten können, wenn sie nur mündlich abgegeben worden sind, also keine Aufnahme oder Erwähnung in dem im kaufmännischen Leben heute allgemein üblichen Bestellschein gefunden haben.

Bevor wir in die eigentliche Erörterung eintreten, sei darauf hingewiesen, daß in der kaufmännischen Ausdrucksweise nicht nur der als „Vertreter" bezeichnet wird, der eine Willenserklärung, deren Wirkung unmittelbar einen andern treffen soll, für diesen, den Vertretenen, abgibt oder empfängt[80], sondern auch der, der den Alleinverkauf bestimmter Industrieerzeugnisse in einem bestimmten Bezirk hat, obgleich der Bezirks- oder „Generalvertreter" eigentlich im eigenen Namen handelt. Die nachstehenden Erörterungen sollen sich nur auf den echten Vertreter beziehen, also auf den, der im Namen eines andern auftritt. In Betracht kommen hier nur die Handlungsreisenden (§ 55 HGB) und die Handlungsagenten (§ 84 HGB), und zwar sowohl als Abschlußbevollmächtigte als auch als bloße Geschäftsvermittler.

Wie steht es nun, wenn der Vertreter dem Kunden Zusicherungen macht, die in dem Bestellschein keine Erwähnung finden und deshalb auch im Bestätigungsschreiben nicht in Erscheinung treten?

Von vornherein kann bemerkt werden, daß häufig die Nebenabreden des Vertreters deshalb keine Grundlage besonderer Ansprüche gegen die Geschäftsherrn bilden können, weil dieser den Vertragsabschluß nachträglich schriftlich bestätigt und dabei die vom Vertreter getroffenen Nebenvereinbarungen unerwähnt läßt. Nimmt der Kunde das Bestätigungsschreiben dann ohne Widerspruch entgegen, so begibt er sich damit der Möglichkeit, die dem Bestätigungsschreiben gegenüber bestehende Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit durch den Nachweis anderer Vertragsabreden

80) Definition bei Enneccerus-Nipperdey, § 166, I, S. 543.

zu entkräften. Da vielfach die Vertreter Zusicherungen machen, nur um „einen Auftrag hereinzubekommen", der Geschäftsherr aber nichts davon weiß, so verfolgt die Rechtsprechung das Ziel, den Geschäftsherrn vor solchen nur der Provisionssicherung dienenden Abreden in Schutz zu nehmen.

II. Im besonderen: Die Nebenabreden der Handlungsreisenden und -agenten mit Abschlußvollmacht

Nach § 164 BGB wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Dabei, so sagt das Gesetz weiter, macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll. Der Geschäftsherr muß daher in der Regel den Vertrag, den sein Vertreter für ihn abgeschlossen hat, mit allen Abreden gegen sich gelten lassen, die der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht treffen durfte.[81] Dabei ist nach § 54 HGB der Abschlußvertreter zu allen Rechtshandlungen befugt, die die Vornahme des Abschlusses gewöhnlich mit sich bringt. Beschränkungen gegenüber diesem gesetzlichen Umfange der Vollmacht braucht ein Dritter nur gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kennt oder kennen muß.[81a]

Nicht selten läßt der Vertreter sich von den Kunden einen Bestellschein unterzeichnen, der den Vermerk enthält, daß nur die darin wiedergegebenen Vereinbarungen Gültigkeit haben sollen. Zweifelhaft kann dabei sein, ob bei noch daneben getroffenen mündlichen Nebenabreden der Grundsatz Anwendung findet, daß der Vertretene aus dem Abschluß, so wie ihn der Vertreter getätigt hat, haftet, wenngleich er von den getroffenen Nebenvereinbarungen keine Kenntnis hat.

Der Kommentar von Staub vertritt die Auffassung, daß von dem Abschlußbevollmächtigten ohne Wissen des vertretenen Geschäftsherrn gemachte Zusicherungen diesem gegenüber nicht rechtsverbindlich sein sollen, wenn der Bestellschein einen Vermerk über den Ausschluß von Nebenabreden enthält und bringt damit zum Ausdruck, daß für diesen Fall eine Ausnahme von der Regel gelten soll.[82]

Es erscheint jedoch bedenklich, dieser Auffassung Gefolgschaft zu leisten. Das Reichsgericht hat in der Entscheidung 95, 175 aus-

81) Schlegelberger-Kom., Erl. I zu § 85 HGB, S. 410; Pinner-Bondi-Kom., Erl. 3 im Anhang zu § 85 HGB, S. 572; RG R-Kom. zum HGB., Erl. 1a zu § 85 HGB, S. 666, unter Berufung auf OLG 14, 347 und JW. 1927, 2438/4 und 2819.

81a) Vgl. Koenige-Teichmann-Koehler- Kom., Erl. 1 zu § 85 HGB, S. 187; Staub-Kom., Erl. 36 im Anhang zu § 372 HGB, S. 571.

82) Staub-Kom., wie in voriger Fußnote.

gesprochen, eine Klausel in einem Vertrage des Inhalts, Abänderungen oder Ergänzungen müssen schriftlich getroffen werden, könne stillschweigend durch eine Abrede, die nach ihrem Willen Geltung haben soll, außer Kraft gesetzt werden. Wenn eine solche Vertragsklausel für den einzelnen Fall durch schlüssiges Handeln[83] ihrer Wirksamkeit entkleidet werden kann, so muß auch der Vermerk in einem Bestellschein, daß weitere Nebenvereinbarungen nicht getroffen sind, seine Wirksamkeit dadurch verlieren können, daß die Vertragsschließenden eine nicht in den Bestellschein beurkundete Nebenabrede in der Absicht treffen, diese solle neben dem Bestellschein gelten, zumal der Abschlußbevollmächtigte gegenüber dem Besteller die Person des Vollmachtgebers repräsentiert. Nicht rechtsverbindlich für den Geschäftsherrn sind die Nebenabreden des Vertreters aber jedenfalls dann, wenn der Vertreter darin seine Vertretungsmacht überschreitet, ohne daß der Geschäftsherr davon Kenntnis hat, der Besteller aber weiß, daß eine Ueberschreitung der Vertretungsmacht vorliegt.[84] Der Geschäftsherr haftet aber trotzdem, wenn er das Verhalten des Vertreters grobfahrlässig ermöglicht hat und dadurch den Anschein einer Bevollmächtigung hat aufkommen lassen.[85]

8) Nebenabreden von Vertretern ohne Abschlussvollmacht

1. Nebenabreden völlig unselbständiger Mittelspersonen

Von den Vertretern ohne Abschlußvollmacht sind zunächst die Mittelspersonen zu scheiden, die keinerlei Selbständigkeit im Hinblick auf ihr Handeln für den Geschäftsherrn besitzen, die vielmehr nur dessen Willenserklärungen entweder den Vertragspartnern weitergeben oder aber von jenen Willenserklärungen zur Uebermittlung an den Geschäftsherrn empfangen sollen. Dies sind die Boten.

Trifft der Bote mit dem Kontrahenten des Geschäftsherrn Abreden, so sind diese für den Geschäftsherrn in jedem Falle unverbindlich.[86]

Von der Rechtslage, die sich für den Geschäftsherrn aus der Geltendmachung von Nebenabreden ergibt, die der Bote mit den andern Kontrahenten getroffen hat, sind hinsichtlich der Haftung die Fälle zu unterscheiden, in denen der Bote die Willenserklärung des Geschäftsherrn unrichtig übermittelt. Hier handelt es sich ja nicht um Nebenvereinbarungen des Boten, sondern um eine Entstellung des Willens, den er übermitteln sollte. Die übermittelte Erklärung gilt, wenn auch entstellt, als die Erklärung des Geschäfts-

83) Koenige-Teichmann-Koehler-Kom., Erl. 3 zu § 54 HGB S. 124.

84) RGZ 36, 43.

85) Koenige-Teichmann-Koehler-Kom., Erl. 5 zu § 54 HGB, S. 126 unter Berufung auf RG 65, 295; 117, 164; Warn. Rechtsp. 1923—24, Nr. 157; 1926, Nr. 154.

86) RGSt. 41, 346.

herrn. Daher bindet sie diesen auch. Bei wesentlichen Abweichungen wird dem Geschäftsherrn Anfechtung nach § 120 BGB als Mittel zur Vernichtung des entstellten Willens an die Hand gegeben. Der Anfechtende ist aber verpflichtet, dem Gegner das negative Interesse zu ersetzen (§ 122 BGB).[87]

II. Nebenabreden der Vermittlungsagenten und Geschäfts- oder Handlungsreisenden

I. Der Grundsatz der mangelnden Bindung des Prinzipals bei Nichtaufnahme der Nebenabreden des Vertreters in den Bestellschein

Wenn Vertreter ohne Abschlußvollmacht mit den Vertragspartnern des Prinzipals Nebenvereinbarungen treffen, von denen der Geschäftsherr keine Kenntnis erhält, so wird dadurch für ihn im Grundsatz keine Bindung geschaffen. Trifft der Vermittlungsagent eine Nebenabrede, indem er z. B. irgendwelche Zusicherungen macht, ohne den Geschäftsherrn davon in Kenntnis zu setzen, und bestätigt der Geschäftsherr den Vertragsabschluß ohne Erwähnung der Nebenvereinbarung des Agenten, weil er diese Vereinbarung nicht kennt, so kann der Kunde seine Ansprüche nur aus den Bestimmungen herleiten, wie sie sich im Bestellschein finden. Insbesondere können besondere Nebenabreden des Vertreters ohne Abschlußvollmacht dann keine Haftung des Prinzipals erzeugen, wenn dieser das vermittelte Geschäft nicht einfach bestätigt hat, sondern der Käufer einen ihm zur Unterschrift übersandten Bestellschein unterzeichnet, in dem vermerkt ist, daß nur die in dem Bestellschein enthaltenen Abreden für die Vertragsschließenden bindend sein sollen, und dann der Verkäufer dem Käufer ein Bestätigungsschreiben zugehen läßt, das auch seinerseits die Nebenabreden nicht erwähnt.[88]

Hinsichtlich der Formbedürftigkeit der von Handlungsreisenden ohne Abschlußvollmacht getroffenen Nebenvereinbarungen stehen sich in der Rechtsprechung zwei Auffassungen gegenüber.

Einzelne Gerichte bringen die Ansicht zum Ausdruck, daß der Geschäftsherr die Zusicherungen von Personen, deren er sich zur Geschäftsvermittlung bedient, ohne weiteres gegen sich gelten lassen müsse, und der andere Teil sich auf nur mündlich gemachte Zusicherungen des Reisenden verlassen könne, auch wenn der Reisende keine Abschlußvollmacht gehabt habe.[89] Als Begründung für diese Auffassung wird angeführt, der Kunde müsse sich darauf verlassen können, daß der Kaufmann zuverlässige Reisende beschäftige, die ihrem Prinzipal die mit den Kunden getroffenen Ab-

87) Enneccerus-Nipperdey, Bd. 1, § 166, I, 1a, α, S. 144/45; vgl. auch RGZ. 51, 151.

88) RG in: Monatsschrift für Handelsrecht, Bd. 14, S. 162.

89) Vgl. auch Koenige-Teichmann-Koehler-Kom., Erl. 5 zu § 54 HGB, S. 125/26; OLG, Bd. 16, 401; LG. Hamburg in LZ. 1912, 252.

reden so übermittelten, wie sie tatsächlich vereinbart seien. Das OLG. München macht dagegen die Einschränkung, daß nur solche Abreden des Reisenden als verbindlich für den Geschäftsherrn gelten könnten, die in dem vom Kunden unterzeichneten Bestellschein auch Aufnahme gefunden hätten[90] und pflichtet damit der oben vertretenen Auffassung bei, nach der in dem Bestellschein unerwähnt gebliebene Vereinbarungen des Reisenden für den Geschäftsherrn zu keinerlei Bindung führen können.[90a] Gerade, so wird gesagt, weil dem Geschäftsherrn die Gefahr drohe, daß ihm unbekannt gebliebene Zusicherungen des Agenten oder Reisenden entgegengehalten würden, seien die Formulare zur schriftlichen Festlegung der Vertragsbedingungen üblich geworden. Der Käufer müsse in derartigen Fällen entweder auf die Einfügung der Nebenvereinbarung in den Bestellschein dringen oder seine Unterschrift verweigern. Die erwähnte Entscheidung befaßt sich zwar mit einem Vermittlungsagenten, die darin aufgestellten Grundsätze können aber auch Gültigkeit gegenüber den Nebenabreden der Geschäftsreisenden beanspruchen.

2. Ausnahmen von dem Grundsatz der mangelnden Bindung

Der Grundsatz, nach dem für den Geschäftsherrn keine Bindung aus Nebenabreden des Vertreters ohne Abschlußvollmacht eintritt, erleidet jedoch drei Ausnahmen.

Der Geschäftsherr kann sich dann nicht auf den Grundsatz der mangelnden Bindung berufen, wenn er die Zusicherungen des Geschäftsvermittlers kannte und das Geschäft bestätigt hat, ohne in seinem Bestätigungsschreiben ausdrücklich die Nebenabrede als für ihn nicht bindend zu erwähnen. Würde sich hier der Geschäftsherr auf mangelnde Bindung berufen, so müßte, wie auch Staub zu Recht annimmt[91], darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden.

Auch dann sind Nebenabreden des Geschäftsvermittlers dem Geschäftsherrn gegenüber bindend, wenn dieser zwar das Geschäft selbst zum Abschluß gebracht hat, der Käufer aber durch Reden und Verhalten des Prinzipals in den Glauben versetzt worden ist, er könne sich auf die Erklärungen des Vermittlers verlassen, so, wenn der Geschäftsherr dem Vermittler alle Verhandlungen überläßt, so daß die Unterzeichnung der Verträge nur noch eine Formsache darstellt.[92] Wenn das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung[93] denjenigen, der beauftragt ist, für einen andern die den Vertrag vorbereitenden Verhandlungen bis zur Unterzeichnung der

90) OLG, Bd. 27, 323.
90a) So auch Weigerlin a. a. O. S. 144, 2—S. 149, 4.
91) Vgl. dort Erl. 36 im Aushang zu § 372 HGB, S. 570.
92) RGZ 63, 149.
93) RG in Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. 18, 189.

Urkunde zu führen, überhaupt nicht als Bevollmächtigten gelten lassen und ihn daher als Dritten i. S. des § 123 BGB ansehen will, so scheint mir diese Entscheidung den berechtigten Interessen der Gegenseite nicht genügend gerecht zu werden, die den mit der Führung von Vorverhandlungen Beauftragten auch als zur Abgabe von Erklärungen ermächtigt ansehen muß.

Schließlich muß der Verkäufer die Nebenabreden des Vermittlers aber auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er den Käufer ausdrücklich an den Vermittler verweist und zu erkennen gibt, daß er gewillt ist, alle Erklärungen des Vermittlers als seine eignen gelten zu lassen.[94]

2. Kapitel: Die Formalisierung der Nebenabreden

Vorbemerkung

Die Feststellung, wann sich das Formerfordernis auch auf Nebenabreden erstreckt, wirft die weitere Frage auf, in welcher Weise dem Formerfordernis zu genügen ist. Dabei stellt sich diese Frage sowohl nach der materiellen als auch nach der formellen Seite. Nach der materiellen Seite insofern, als festgestellt werden muß, welche Beurkundungsarten unsere Rechtsordnung kennt; nach der formellen Seite insofern, als zu erörtern ist, ob nach Feststellung der Formbedürftigkeit einer Willenserklärung diese in ihrem vollen Umfange beurkundet werden muß oder aber die Möglichkeit besteht, eine Formalisierung der vollen Erklärung auch dadurch zu erreichen, daß ein gewisser Teil beurkundet, der außerhalb der Urkunde liegende Rest des rechtsgeschäftlichen Inhalts aber durch Aufnahme einer Verweisungs- oder Bezugnahmeklausel in die Urkunde formell gedeckt und so mittelbar mitformalisiert wird. Beide Teilfragen sollen im Folgenden Beantwortung finden. Zunächst also zur Beantwortung der Frage nach den in unserer Rechtsordordnung vorgesehenen Beurkundungsarten, die auch gleichzeitig die einzelnen Fälle aufzeigen wird, auf die die verschiedenen Formen der Beurkundung Anwendung finden.

1. Abschnitt: Die verschiedenen Beurkundungsarten

A) Die private Beurkundung

Je nachdem unsere Rechtsordnung für die Formalgeschäfte die Formalisierung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen durch eine Privatperson oder durch Behörden oder Amtspersonen bestimmt, unterscheiden wir zwischen privater oder öffentlicher Beurkundung. Dabei ist beiden Beurkundungsformen die Aufnahme einer Urkunde gemeinsam, also die Verkörperung von Gedankenerklärungen in einer Weise, die geeignet und bestimmt ist, im Rechtsleben Beweis zu erbringen. Innerhalb der privaten Beurkundung, innerhalb wel-

94) RG Warn. Rspr. 1912, Nr. 198.

cher wir zwei Gruppen unterscheiden, nämlich die Fälle der privaten Beurkundung in einfacher Schriftform und die Fälle der Beurkundung in einfacher Schriftform mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift.

I. Die private Beurkundung in einfacher Schriftform

Die Schriftform erfordert, daß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet wird (§ 126 BGB). Nur die Unterschrift braucht der Aussteller zu zeichnen. Wer den Text der rechtsgeschäftlichen Erklärungen geschrieben hat, ist gleichgültig. Hinsichtlich der Unterschrift ist zu beachten:

1. Zulässig ist die sogenannte Blankounterschrift, über die der Geschäftstext erst nachträglich gesetzt wird.

2. Die Urkunde kann auch von einem Bevollmächtigten unterzeichnet werden. Der Bevollmächtigte kann mit seinem eigenen Namen zeichnen, muß aber in diesem Falle das Vertretungsverhältnis zum Ausdruck bringen. Er kann aber auch mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen, da das Gesetz nicht verlangt, daß der Aussteller, der zwar unterschreiben muß, auch mit seinem eigenen Namen unterschreibt.[95]

3. Die Unterschrift kann durch ein Handzeichen ersetzt werden, wenn dieses öffentlich beglaubigt ist.

Bei den Verträgen müssen die beiderseitigen Erklärungen in ein und dieselbe Urkunde aufgenommen werden. Briefwechsel ist also nicht ausreichend (§ 126 Abs. 1 BGB).[96] Wird nur eine Ausfertigung der Urkunde hergestellt, so ist die Unterschrift beider Parteien erforderlich. Werden mehrere gleichlautende Exemplare ausgefertigt, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterschreibt. Schreibt die Formvorschrift die Schriftlichkeit für die Erklärung nur eines Vertragsteils vor, so bedarf es nur der Schriftform für diese Erklärung.

Bei gewillkürtem Formzwange gelten für die Schriftform folgende Erleichterungen:

1. Durch telegraphische Uebermittlung wird die Schriftform gewahrt.

2. Bei Verträgen genügt Briefwechsel.

Gemäß § 126 Abs. 3 BGB wird die Schriftform durch die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ersetzt, da sie die stärkere Form ist.

Vorgeschrieben ist die Schriftform vor allem: Für die Grundstücksmiete und Pacht auf länger als ein Jahr; für das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis; für das Bürgschaftsversprе-

95) RGZ 50, 54; 74, 69; 76, 100; 81, 2; RGR Kom. Erl 2 zu § 126 BGB, S. 258; Staudinger-Kom. Erl. IV, 5, b zu § 126 BGB, S. 644; Soergel-Kom. Erl. 2, c, zu § 126 BGB, S. 156; Cosack, 7. Aufl., § 104, I, e, S. 258; Enneccerus-Nipperdey, § 146, I, 2, f, S. 479.

96) RGZ. 59, 245.

chen, für die Abtretungserklärung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung und schließlich für das eigenhändige Testament (§§ 566, 581, Abs. 2, 780, 781, 766, 1154, BGB; § 21 des Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 21. Juli 1938).

II. Die Form der privaten Beurkundung mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift

Die Form der öffentlichen Beglaubigung unterscheidet sich von der privaten Schriftform dadurch, daß die Unterschrift von der dafür zuständigen Behörde beglaubigt werden muß (§ 129 BGB). Die Urkunde bleibt eine Privaturkunde. Nur die Unterschrift genießt öffentlichen Glauben. Wie bei der einfachen Schriftform, so wird auch bei der Form der öffentlichen Beglaubigung diese durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Zuständig für die Beglaubigung sind gem. § 167 FGG die Notare und Amtsgerichte, sodann aber auch gem. § 191 FGG andere Behörden und Beamte nach Maßgabe der Landesgesetze.

Vorgeschrieben ist die Form der öffentlichen Beglaubigung gesetzlich besonders in folgenden Fällen:

1. Für die Anträge auf Eintragung ins Vereins-, Güterrechts- und Handelsregister §§ 77, 1560 BGB; § 12 HGB.
2. Für die Erklärungen, die einen Antrag auf eine vorzunehmende Eintragung in das Grundbuch enthalten (§ 29 GBO).
3. Für die Ausschlagung einer Erbschaft gem. § 1945 BGB.

Aus der Art dieser Geschäfte folgt, daß die Form der öffentlichen Beglaubigung für die Formalisierung von Nebenabreden kaum von Bedeutung ist, es sei denn, daß diese Form rechtsgeschäftlich anstelle der einfachen Schriftform vereinbart wird.

B) Die öffentliche Beurkundung

Auch innerhalb der öffentlichen Beurkundung lassen sich zwei Gruppen unterscheiden, nämlich einmal die Gruppe der gewöhnlichen richterlichen oder notariellen Beurkundung i. S. des § 128 BGB, sodann die Abgabe von formbedürftigen Willenserklärungen unter gleichzeitiger Anwesenheit der am Rechtsakt Beteiligten vor Gericht, vor dem Notar oder sonst vor einer Behörde oder Amtsperson, z. B., dem Standesbeamten. Im einzelnen gilt folgendes:

I. Die Fälle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung i. S. von § 128 BGB

Die Formalisierung von Erklärungen in der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung erfordert die Aufnahme der Erklärungen in einer öffentlichen Urkunde. Dies ist gem. § 415 ZPO. eine Urkunde, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffent-

lichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen wird. Als Behörde kommt hier das Amtsgericht, als die mit öffentlichem Glauben versehene Person der Notar in Betracht. Die für die Urkundsaufnahme vorgeschriebene Form ist nach den einschlägigen Bestimmungen des FGG das Protokoll.

Gem. § 128 BGB brauchen, im Gegensatz zur einfachen Schriftform, bei Verträgen die beiderseitigen Erklärungen nicht gleichzeitig beurkundet zu werden. Es genügt, wenn zunächst der Antrag und später die Annahme in sukzessiver Beurkundung formalisiert werden.

Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist gesetzlich vorgeschrieben insbesondere:

1. Gem. § 311 BGB für den Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten.
2. Gem. § 313 BGB für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen.
3. Gem. § 518 BGB für das Schenkungsversprechen.
4. für den Erbschaftskauf, § 237 BGB, die Erbteilsübertragung § 2033 BGB und den Erbverzichtsvertrag § 2348 BGB.
5. Für die Fälle der §§ 16, 22, 23 und 111 des Aktiengesetzes vom 30. Januar 1937 und die Fälle der §§ 2, 15 Abs. 3 und 4, 53 des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892.

II. Die Fälle der öffentlichen Beurkundung im übrigen

Im Gegensatz zur gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Rechtsfolgewillens i. S. des § 128 BGB kennzeichnen sich die übrigen Fälle der öffentlichen Beurkundung dadurch, daß die Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor der Behörde oder Amtsperson abgegeben und von ihr beurkundet werden müssen. Im Uebrigen sind die hier aufgenommenen Urkunden wie in den Fällen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung öffentliche Urkunden i. S. des § 415 ZPO. An Fällen dieser Art sind besonders hervorzuheben:

1. Die Auffassung § 925 BGB.
2. Die Eheschließung, § 18 Ehegesetz.
3. Der Vertrag zwischen Ehegatten zur Reglung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse, § 1434 BGB.
4. Der Vertrag, der die Annahme an Kindes Statt zum Gegenstande hat, § 1750 BGB.
5. Der Erbvertrag, § 30 Test. G.

Damit können wir die Erörterung der materiellen Seite der oben gestellten Frage abschließen und uns derjenigen ihrer formellen Seite zuwenden. Wiederholen wir zuvor die obige Teilfrage:

Muß eine formbedürftige Willenserklärung in vollem Umfange beurkundet werden, oder besteht auch die Möglichkeit, eine Formalisierung der formbedürftigen Erklärung dadurch zu erreichen, daß nur ein Rumpfteil beurkundet, der außerhalb der Urkunde liegende Rest aber durch Aufnahme einer Verweisungs- oder Bezugnahmeklausel in die Urkunde seine formelle Deckung erfährt und somit mittelbar mitformalisiert wird.

2. Abschnitt: Die verschiedenen Wege zur Formalisierung

A) Die Formalisierung durch Beurkundung der gesamten formbedürftigen Erklärungsteile des Rechtsgeschäfts, einschliesslich der Nebenabreden

(Unmittelbare Formalisierung)

In der Fragestellung liegt gewissermaßen schon eine vorausgenommene Antwort; wenn darin nämlich von dem einen oder dem andern Wege zur Formalisierung formbedürftiger Willenserklärungen gesprochen wird, so erhellt, daß hier beide Wege auch für gangbar gehalten werden. In welchem Umfange, wird noch darzulegen sein.

Der nächstliegende Weg ist der der unmittelbaren Beurkundung, also der Aufnahme aller formbedürftigen Erklärungsteile des Rechtsgeschäfts in die Urkunde. Folgerichtig soll daher die Möglichkeit der unmittelbaren Formalisierung vor derjenigen der mittelbaren Beurkundung zur Erörterung kommen.

Der Weg der unmittelbaren Beurkundung der formbedürftigen Erklärungsteile eines Rechtsgeschäfts als Mittel, dem gesetzlich oder rechtsgeschäftlich vorgeschriebenen Formerfordernis zu genügen, ist verhältnismäßig unproblematisch. Sowohl bei der privaten als auch bei der öffentlichen Beurkundung werden die gesamten sich auf die Herbeiführung des rechtsgeschäftlichen Erfolges richtenden Willenserklärungen der Parteien, soweit sie nach materiellem Recht formpflichtig sind, urkundlich niedergelegt. In diesem Falle enthält also die Geschäftsurkunde den gesamten formbedürftigen Inhalt des Rechtsgeschäfts, ggfs. auch nachträgliche Aenderungen.

Wohl aus dem Grundsatze von der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde hat die Rechtsprechung die Forderung nach der Einheit der Urkunde entwickelt. Verlangt wird danach, daß eine aus mehreren Blättern bestehende Urkunde, soweit das darin formalisierte Geschäft als ein einheitliches gelten soll, auch als Einheit äußerlich erkennbar werden muß. Erstreckt sich eine Vertragsurkunde über mehrere Blätter, so ist nach der Rechtsprechung die Einheitlichkeit der Urkunde gewahrt, wenn die mehreren Blätter in ein die Zusammengehörigkeit äußerlich erkennbar

machendes, dauerndes räumliches Verhältnis zueinander gebracht sind. Zweifel über die Zusammengehörigkeit der mehreren Blätter dürfen nicht möglich sein.[97] Bei vorgeschriebener Schriftform müssen die Unterschriften sämtliche Erklärungen decken. Andernfalls gilt die Schriftform als nicht gewahrt.[98] Haben die Parteien in Fällen der gerichtlichen oder der notariellen Beurkundung einen Teil ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen privatschriftlich niedergelegt, so können diese dadurch Teil des Protokolls werden, daß die Beifügung der Schriften als Anlage zu dem Protokoll erfolgt, und eine Bezugnahmeklausel in das Protokoll aufgenommen wird (§ 176 Abs. 2 FGG).[99]

Die Rechtsprechung hat also den Grundsatz herausgearbeitet, daß bei Schriften, die eine urkundliche Einheit bilden sollen, deren räumliche Lage zueinander ein Kriterium für die Annahme der urlichen und damit der rechtsgeschäftlichen Einheit darstelle. Daraus würde sich der Schluß ergeben, daß zur Gewährleistung der Einheit des Rechtsgeschäfts und damit auch zur Erfüllung des Formerfordernisses streng auf die Formalisierung aller Erklärungen in ein und derselben Urkunde geachtet werden müßte, eine Folgerung, die Roquette im Hinblick auf nachträgliche Abreden zu schriftlichen Mietverträgen zu der Warnung veranlaßt, diese entweder auf die Urkunde des Urvertrages zu setzen oder da, wo es an Platz dafür mangele, auf die feste Verbindung der ur- und nachtragsgeschäftlichen Urkunde zu achten.[100] Weiter müßte man folgern, daß außerhalb der Geschäftsurkunde liegende Erklärungen durch Aufnahme einer Verweisungsklausel in die Urkunde eine Formalisierung nicht erfahren könnten, mit andern Worten, daß es keine mittelbare Formalisierungsmöglichkeit gäbe. Mündliche Nebenabreden könnten also niemals durch Verweisung zu wirksamer Formalisierung kommen und damit nur durch unmittelbare Formalisierung wirksame Bestandteile des Rechtsgeschäfts werden, dem sie willensmäßig zugehören. Die folgende Untersuchung soll zeigen, inwieweit ein solcher Schluß gerechtfertigt erscheint.

B) Die Formalisierung von Nebenabreden durch Aufnahme einer Rumpfurkunde mit Verweisungsklausel
(Mittelbare Formalisierung)

I. Die Stellungnahme von Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage der mittelbaren Formalisierung

Verweisungsklauseln oder Bezugnahmeerklärungen auf außerhalb der Geschäftsurkunde abgegebene Willenserklärungen pflegen die Parteien dann zu beurkunden, wenn sie die außerhalb der Ver-

97) RG-JW. 1926, 979; Recht 1926, Nr. 388; Gruchot, Bd. 69, 76.
98) RG-JW. 1924, 796; Gruchot, Bd. 67, 296; HRR. 1928, Nr. 1960.
99) RGZ. 107, 294.
100) Roquette: Streifzüge durch das Mietrecht, in: JW. 1938, 153, 3.

tragsurkunde liegenden Erklärungen durch die Verweisung zu formgültigen Bestandteilen des Rechtsgeschäfts machen und die bei einer unmittelbaren Formalisierung alles Vereinbarten notwendigen Zeitaufwendungen vermeiden wollen. Dabei ist möglich, daß die Verweisung entweder in andern Urkunden niedergelegte oder aber mündlich abgegebene Erklärungen decken, also zu Bestandteilen des zusammen mit der Verweisung beurkundeten Geschäfts machen soll. Die Frage, ob man außerhalb der Vertragsurkunde liegende Erklärungen durch Verweisung zu formgültigen Bestandteilen des urkundlich niedergelegten Geschäfts machen kann, findet in Rechtsprechung und Schrifttum keine einheitliche Beantwortung.

1. Die Stellungnahme der Rechtsprechung

Das Reichsgericht hält die Bezugnahme als Mittel der Formalisierung außerhalb der eigentlichen Vertragsurkunde liegender Erklärungsteile für unzulässig.[101] Es sagt, daß nur dann, wenn in dem einen Schriftstück auf eine unmittelbar und dauernd beigefügte Anlage zur Ergänzung seines Inhalts Bezug genommen werde, beide Urkunden als eine der Form genügende Einheit zu betrachten seien, daß dies aber nicht zutreffe, wenn ein Schriftstück erst im Zusammenhalt mit einer andern nicht mit ihm auch äußerlich verbundenen Urkunde den wesentlichen Inhalt der Verpflichtungen erkennen lasse. Es könne nicht genügen, daß der rechtsgeschäftliche Wille erst aus dem Zusammenhalt mehrerer Schriftstücke erkennbar werde; er müsse sich unmittelbar aus demjenigen Schriftstück ergeben, mit dessen Abfassung der Form Genüge getan werden solle. Dies entspreche den allgemeinen Gründen, aus denen überhaupt der Formzwang sich rechtfertige. Dem Zwecke des Formzwanges werde in ganz anderer Weise entsprochen, wenn das Schriftstück, das der Aussteller unterschreibe, die rechtliche Handlung, die er vornehmen wolle, selbst enthalte und unmittelbar erkennen lasse, als wenn erst die Bezugnahme auf andere Erklärungen, seien es nun eigene oder fremde, den gesamten Inhalt der abgegebenen Willenserklärungen ergebe. Das Ergebnis sei also, daß das Wesentliche einer der geletzlichen Form bedürftigen Erklärung sich aus derjenigen Urkunde ergeben müsse, mit der die Form gewahrt werde. Sei der rechtsgeschäftliche Wille erst aus zwei Urkunden zu ermitteln, deren eine auf die andere Bezug nehme, ohne aber dauernd miteinander verbunden zu sein, so reiche dies zur Wahrung der Form nicht aus.[102]

2. Die Stellungnahme des Schrifttums

Staudinger, Planck und Palandt vertreten eine der reichgerichtlichen Auffassung ähnliche Ansicht.[103] Staudinger meint aber[104],

101) RGZ. 57, 258 ff.; 67, 214; 80, 402; 105, 292; 107, 294; 131, 4 ff.
102) RGZ. 131, 4; 148, 351; RG-JW. 1928, 2632, Nr. 17.
103) Staudinger-Kom., Erl. III zu § 126 BGB, S. 641; Planck-Kom., Erl. 4 zu § 125 BGB, S. 317; Achilles-Greiff-Kom., Erl. 2 zu § 126, S. 49; Palandt-Kom., Erl. 2 zu § 126, S. 94.
104) Vgl. Erl. III, zu § 126, S. 642.

man müsse es für zulässig und geboten erachten, zum Zwecke der bloßen Auslegung des Urkundeninhalts andere Schriftstücke oder sonstige Tatumstände heranzuziehen; denn auch bei einer Willenserklärung, die der Schriftform bedürfe, gelte der Grundsatz des § 133 BGB, der zur Erforschung des wahren Willens anhalte.

Nipperdey ist der Meinung, daß eine Deckung auch wesentlicher in andern Urkunden niedergelegter Geschäftspunkte durch Aufnahme einer Verweisung Erklärung in die Geschäftsurkunde dem Formerfordernis genüge, wenn die andere Urkunde der Haupturkunde beigefügt werde.[105]

Soergel vertrat in früheren Auflagen die Ansicht, die Verweisungen müßten in die dem Formzwange unterliegende Erklärung einbezogen werden, dann könnten die von der Verweisung gedeckten, außerhalb der Urkunde abgegebenen Erklärungen, formfrei erfolgen.[106] Aus seinen Erläuterungen in der neuesten Auflage wird seine Stellungnahme zu dem hier zur Erörterung stehenden Problem nicht deutlich. Wenn er neuerdings sagt, der formbedürftige Inhalt des Rechtsgeschäfts dürfe nicht aus andern der Form ermangelnden Erklärungen ergänzt werden[107], so wird man dieser Bemerkung eine Abweichung von der früheren zugunsten der vom Reichsgericht, Staudinger und Planck, vertretenen Auffassung zu entnehmen haben, so daß sich in der Literatur heute nur noch Nipperdey mit seiner Ansicht nicht völlig im Einklang mit der herrschenden Meinung befindet.

II. Eigene Stellungnahme

1. Kritik der herrschenden Meinung

Die herrschende Meinung, die in ihrem Ergebnis auf den Grundsatz hinauskommt, daß bei einer für ein Rechtsgeschäft bestimmten Urkundsaufnahme die Urkunde dem Formerfordernis nur dann genügt, wenn sie nicht nur eine Verweisungsklausel auf eine außerhalb des eigentlichen Geschäfts liegende Urkunde enthält, sondern einen aus ihr selbst verständlichen Sinn aufweist, leistet damit keinerlei Beitrag zur Beantwortung der strittigen Frage. Wer soll bestimmen, ob die Urkunde einen aus ihr selbst verständlichen Inhalt hat? Wenn diese Bestimmung aber nicht aufgrund der Auffassung eines Einzelnen, sondern nach den allgemeinen Auslegungsregeln erfolgen soll, dann müßten die Erklärungen, auf die in dem formalisierten Geschäftsteil verwiesen wird, auch dann zur Auslegung herangezogen werden, wenn die Verweisung überhaupt nicht vorhanden wäre; dies folgt einmal aus der Bestimmung des § 133 BGB,

105) Enneccerus-Nipperdey, § 146, Fußnote 1, S. 477.
106) Soergel-Kom., 3., 4. und 5. Auflage, Erl. 3 zu § 125 BGB.
107) Soergel-Kom., 6. Auflage, Erl. 4a zu § 125, S. 154.

die zur Erforschung des wahren Inhalts einer Willenserklärung ohne Klammerung an die Ausdrucksweise ermahnt und weiter aus § 157 BGB, einer Vorschrift, die der Auslegung vertraglicher Abmachungen nur durch den Hinweis auf die Beachtung der Verkehrssitte eine Grenze setzt. Führt aber die Auslegung nach den allgemeinen Grundsätzen zu dem Ergebnis, daß der außerhalb der Urkunde erklärte Wille auch in den formalisierten Erklärungen einen, wenn auch schwachen Ausdruck findet, so müßte die Verweisung als entbehrlich erscheinen, weil dann dem außerhalb der Urkunde erklärten Willen durch die Auslegung doch zu einer positiven Wirkung in dem der Form genügenden Teil des Erklärungsbestandes verholfen würde. Damit müßte aber die Verweisung überhaupt als entbehrlich gelten, und die Parteien hätten keine Gründe mehr, sich über die Formungültigkeit in Bezug genommenen Erklärungsteile zu streiten; denn mehr als den Eintritt der gewollten Rechtsfolge kann man ja schließlich nicht erreichen wollen. Gedankenarbeit darüber, ob dieser Eintritt der Verweisung oder der Auslegung zu verdanken sei, wäre überflüssig. Somit könnte man das, was durch Verweisung gedeckt wird, lediglich in den Fällen als formgültig erklärt und also mittelbar als mitformalisiert erachten, in denen die durch Verweisung umfaßten Außenumstände nicht in der formellen Erklärung zum Ausdruck kommen, aber doch, wenn auch in einem andern als dem gewollten Sinne, die Verkörperung eines Rechtsfolgewillens darstellen. Daraus aber müßte man den Schluß ziehen, daß die außerhalb des urkundlich niedergelegten Willenstatbestandes liegenden Erklärungen nur bei der Untauglichkeit für die Auslegung als Bestandteile des eigentlichen Erklärungsinhalts gelten könnten. Jedem Beurteiler muß aus dieser Gegenüberstellung die Erkenntnis werden, daß eine solche Schlußfolgerung, die, wie gezeigt, sich ja notwendig ergibt, eine Umkehr des Verhältnisses zwischen Erklärungsinhalt und Auslegungsmaterie bedeutet. Sie zeigt auch, daß die Voraussetzungen unrichtige sind, auf denen der von der herrschenden Meinung vertretene Grundsatz beruht, wonach bei einer für ein Rechtsgeschäft bestimmten Urkundenaufnahme die Urkunde der Form nur dann genügt, wenn sie nicht auch eine Bezugnahme auf eine außerhalb des eigentlichen Geschäfts liegende urkundliche oder sonstige Erklärung enthält, sondern einen aus ihr selbst verständlichen Sinn aufweist. Was der herrschenden Meinung letztlich Anlaß zur Beobachtung äußerster Vorsicht gegenüber der Formalisierung durch Verweisung gibt, ist die Tatsache, daß durch Schwankungen im willensmäßigen Bestande des Verweisungsobjekts leicht auch eine Labilität in den bereits formalisierten Erklärungstatbestand hineingetragen werden kann. In der nachfolgenden Entwicklung der eignen Grundsätze zur Beantwortung der Frage nach der mittelbaren Formalisierungsmöglichkeit durch Verweisung werden wir dieser Tatsache Rechnung zu tragen haben.

2. Entwicklung der eigenen Grundsätze für die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit mittelbarer Formalisierung durch Verweisung

Es ist richtig, daß bei der Vornahme von Rechtsgeschäften eine Bezugnahme im Tatbestande der formellen Erklärung an sich ausreicht, um die außerhalb des Urkundeninhalts in Bezug genommenen Willenserklärungen zur Wirksamkeit zu bringen. Die früher von Soergel vertretene Auffassung, daß eine formgültige Verweisung auch zur gültigen Formalisierung des Verweisungsobjektes geeignet sei, steht nicht dem Grundsatz des Formzwangs entgegen.

Nach der herrschenden Meinung genügt selbst für die vertragswesentlichen Bestandteile der Vertragstypen des BGB, also für die Essentialien, deren Bestimmbarkeit nach dem Inhalt der unmittelbar formalisierten Erklärungsteile des Rechtsgeschäfts. Nicht erforderlich ist, daß diese im Wortlaut des Vertrages selbst ihre endgültige Bestimmung erhalten. Daraus folgt, daß notwendig nur die Verweisung in der Rumpferklärung geschaffen werden muß, damit z. B. beim Kauf der Bestimmbarkeit des Preises gewährleistet, erscheint, und daß daher die Parteien hinsichtlich der formgültigen Bestimmung der Essentialien durch Aufnahme einer Verweisung in den beurkundeten Tatbestand dem Formerfordernis genügen. Die Rechtswirksamkeit des in Bezug genommenen Verweisungsobjekt ist dann eine Folge der formgültigen Verweisung.

Während nun die unmittelbar formalisierten Erklärungsteile inhaltlich nach außen wenigstens festliegen, äußerlich deshalb, weil die Parteien ihrem Wortlaut urkundlich eine für jedermann ersichtliche feste Fassung gegeben haben — für den inneren Wert kommt ja als Maßstab immer die Auslegung hinzu — pflegt die Fassung der in Bezug genommenen Erklärungen, also der Nebenabreden, der Gefahr von Schwankungen anheim gegeben zu sein. Der Gedankengang bei den Parteien ist hier zumeist so, daß sie sich sagen, die Verweisung sei in der Urkunde niedergelegt, damit bestehe für die Festlegung der in Bezug genommenen Nebenabreden für die Zukunft freie Hand. Eine Veränderung im Verweisungsobjekt muß nun aber notwendig auch eine Aenderung der urkundlich niedergelegten Willenserklärung zur Folge haben. Dieser Schluß aber wirft die Frage auf, ob es denn dem Sinn aller Formbestimmungen entspricht, daß durch die Labilität der außerinhaltlichen Erklärungen auch eine Schwankung im willensmäßigen Gehalt der formalisierten Erklärung herbeigeführt werden kann. Der Satz, daß der Grundzweck jedes Formzwangs in der Formalisierung alles dessen liegt, was die Parteien kundtun müssen, um in der Willenserklärung ihren Rechtsfolgewillen vollständig zum Ausdruck zu bringen, wie wir ihn weiter oben aufgestellt haben, bezieht sich in der Regel nur auf den Zeitpunkt der Geschäftserrichtung. In diesem Zeitpunkt wird auch der außerinhaltliche, durch

die Bezugnahme gedeckte, Erklärungsteil mitformalisiert. Dies gilt für alle Fälle, in denen das Bezugnahmeobjekt nicht künftig überhaupt erst zu schaffende Umstände enthält. Denkbar ist nun aber, daß es dem Sinne mancher gesetzlichen Formvorschriften entspricht, die einmal formgerecht niedergelegte Erklärung in ihrem ursprünglichen Bestande unverändert zu erhalten, um so die formalisierte Erklärung vor einer Aenderung und zwar einer formlosen Aenderung ihres Inhalts durch einen formfreien Wechsel im Erklärungstatbestand des Bezugnahmegegenstandes zu bewahren. Beachtung erfordern in diesem Zusammenhange die Formvorschriften, deren Sinn weniger in der Ermahnung der Beteiligten zur Konzentration im Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses liegt als vielmehr darin, den Erklärungsinhalt, so wie er einmal gefaßt worden ist, der Oeffentlichkeit kundzumachen. Wenn in der Literatur davon gesprochen wird, daß der Formzwang sich zwar auf die Preisvereinbarung beim Grundstückskauf erstrecke, nicht aber auch auf die Bestimmung des Preises[108], so folgt aus dem Gesagten, daß wegen der Verschiedenartigkeit der einzelnen Formvorschriften, insbesondere wegen ihres verschiedenen Sinnes, Vorsicht bei dem Gedanken an eine Verallgemeinerung solcher Ansichten geboten ist und weiter, daß die Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit von außerinhaltlichen Abreden, deren Bindung zum Formgeschäft durch eine sich darin findende Bezugnahme hergestellt ist, sich nicht auf den dem Formzwang als solchem eigenen Grundzweck stützen darf, sondern im Einzelfall festgestellt werden muß, welchen Sinn die zur Anwendung kommende Formbestimmung hat.

Bei den gesetzlichen Formvorschriften treten zwei Merkmale hervor, die für die Beurteilung des angeschnittenen Problems ausschlaggebend sind, nämlich der Warnzweck und die Absicht der Kundmachung des durch die Form gedeckten Geschäftsinhalts an Dritte oder die Oeffentlichkeit überhaupt. Es mag in diesem Sinne einleuchten, wenn bei Formgeschäften, bei denen die Form zum Schutze der Belange der Allgemeinheit besteht, die Konstanthaltung des Geschäftsinhalts gefordert werden muß.[109] Würde man nämlich hier anders folgern, dann ergäbe sich daraus die Schutzlosigkeit der Oeffentlichkeit gegenüber willkürlichen Veränderungen innerhalb der sie unmittelbar angehenden rechtsgeschäftlichen Tatbestände. Da solche Unsicherheitsmomente innerhalb einer vernünftigen Rechtsordnung aber untragbar wären, so werden wir für richtig halten müssen, daß in den erwähnten Fällen nur die Formalisierung auch der in Bezug genommenen Erklärungen diese zu gültigen Bestandteilen des Geschäfts machen kann.

Wie steht es demgegenüber mit dem Formzwang bei außerin-

---

108) Oertmann-Kom., Erl. 3 zu § 313 BGB, S. 139.

109) Ebbecke: Formvorschriften, in: Das Recht 1911, Sp. 633/35.

haltlichen Erklärungen zu solchen Formalgeschäften, bei denen der Formzwang nur einen Warnzweck verfolgt?

Hier genügt es, wenn die Parteien im Zeitpunkt der Geschäftserrichtung alles Notwendige geschaffen haben, also das, was wir eben unter den Essentialia verstehen. Haben die Parteien eine Verweisung auf außerhalb des formellen Inhalts liegende Erklärungen aufgenommen, so besteht kein Anlaß, dieses Vorgehen, das der Beweglichkeit des Parteiwillens für die künftige Rechtslage dienen soll, als formbedürftiges Verhalten durch Nichtigkeit des Geschäfts zu ahnden, zumal ja die Allgemeinheit an dem Geschäft nur insofern interessiert ist, als sie lediglich im Zeitpunkt der Errichtung zur Konzentration anhalten will.

In einigen Fällen vereinigen die Formvorschriften aber auch beide Zweckmomente. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß hier das stärkere Moment den Ausschlag für die Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit von außerinhaltlichen, aber durch Bezugnahme gedeckten Erklärungen geben muß.[110]

Ist die Aufstellung des Formerfordernisses (soweit nicht gesetzlicher Formzwang besteht) ins Parteibelieben gestellt, so muß diesem ein Spielraum auch insoweit eingeräumt sein, als die Parteien zu bestimmen vermögen, auf welche Bestandteile des Rechtsgeschäfts sich der Formzwang erstrecken soll, insbesondere, ob nur auf die wesentlichen Bestandteile, ohne welche das Rechtsgeschäft überhaupt nicht bestehen kann, oder auch auf die an sich nicht wesentlichen Nebenumstände, wie Erfüllungszeit, Erfüllungsort und Bedingungen, die sogenannten Nebenabreden.[111] Bei gewillkürtem Formzwang hat die Auslegung hinsichtlich der Prüfung der Formgültigkeit außerinhaltlicher, durch Bezugnahme gedeckter, Erklärungsteile ihr Augenmerk darauf zu richten, ob die Parteien die Unterwerfung unter die Form nur für den Zeitpunkt der Errichtung des Geschäfts wollten oder ob der Zwang für die gesamte Wirksamkeitsdauer des Geschäfts gelten sollte. Im ersteren Falle wird man eine Bezugnahme als Mittel der Formalisierung von außerurkundlichen Abreden genügen lassen, im letzteren Falle dagegen die ausdrückliche Formalisierung auch dieser Teile für notwendig erachten.

Wir können nunmehr die gestellte Frage nach der Zulässigkeit einer mittelbaren Formalisierung durch Deckung außerurkundlicher Erklärungsteile des Rechtsgeschäfts mittels einer beurkundeten Verweisungsklausel im Gegensatz zu der dargestellten Auffassung der Rechtsprechung und den aufgeführten Autoren für den sich aus der Entwicklung der eigenen Ansicht ergebenden Rahmen bejahen.

---

110) Hachenburg: Vorträge, S. 81 ff.

111) Vgl. RGZ. 68, 15; RG. in Seuf. A. 77, Nr. 118.

3. Kapitel. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts als regelmäßige Folge der Verletzung der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich vorgeschriebenen Form

Vorbemerkung

Im bisherigen Verlauf der Arbeit haben wir gezeigt, inwieweit sich der Formzwang auch auf Nebenabreden ausdehnt, und welche Wege bestehen, der vorgeschriebenen Form Genüge zu leisten. Da Nebenabreden in der Regel Formmängel aufweisen, so bleiben aber noch die mit Formverletzungen auftauchenden Probleme zu erörtern.

Nun haben wir schon in der Einleitung gezeigt, daß unsere Rechtsordnung die Einhaltung der Form nicht unmittelbar durch den Einsatz staatlicher Gewalt, sondern nur mittelbar dadurch erzwingt, daß sie dem formbedürftigen, aber der Form ermangelnden Rechtsgeschäft die beabsichtigte Rechtsfolge versagt oder andere als die gewollten Rechtsfolgen eintreten läßt. Das gegenwärtige Kapitel hat sich also mit den Fragen zu befassen, die sich aus Formmängeln der Nebenabreden für das Formalgeschäft und die mit ihm erstrebten Rechtsfolgen ergeben können.

Danach wird zunächst die Wirkung formwidriger Abreden auf den Bestand des formalisierten Teils der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen zu untersuchen sein, und zwar zweckmäßigerweise in Anlehnung an die aus den Abschnitten des ersten Kapitels ersichtliche Haupteinteilung der Nebenabreden. Die Untersuchung dieser Frage soll der Gegenstand des ersten Abschnitts dieses Kapitels sein.

In zweiten Abschnitt soll dann das Notwendige über Begriff und Wesen der Nichtigkeit und über die Rechtsbehelfe zur Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit gesagt werden. Diese Rechtsbehelfe verdienen gerade im Hinblick auf das Gebiet der Nebenabreden ganz besondere Beachtung.

Von nicht minderer Bedeutung für das Gebiet der Nebenabreden ist schließlich noch die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit des Nachweises von Nebenvereinbarungen.

Wenn feststeht, daß der Formmangel zur Nichtigkeit der Nebenabrede und ggfs. auch zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts überhaupt führt, muß geprüft werden, ob nicht der Nachweis der Nebenabrede im Einzelfalle gerade ausgeschlossen ist, und das Rechtsgeschäft durch deren Formmängel damit unangefochten bleibt. Andererseits geben die Vorschriften des Gesetzes über Heilung und Umdeutung formnichtiger Rechtsgeschäfte und die von der Rechtsprechung und vom Schrifttum im Zusammenhange mit der Arglisteinrede entwickelten Grundsätze Veranlassung, die Frage nach der Zulässigkeit des Nachweises von Nebenabreden auch in positiver Richtung zu stellen; denn wenn die Heilung, die Umdeu-

tung oder die Einrede der Arglist zu dem Resultat führen, daß im Einzelfalle auch einmal die mit an sich formwidrigen Abreden bezweckten Rechtsfolgen entweder überhaupt oder doch wenigstens annähernd erreicht werden können, dann kommt es für den sich auf Nebenabreden Berufenden darauf an, ob deren Nachweis zulässig ist. Der Zusammenhang der Frage nach der Zulässigkeit des Nachweises von Nebenabreden mit dem Gegenstande dieses Kapitels ist also ein sehr enger. Deshalb steht deren Erörterung am Schluß der Arbeit u. E. am richtigen Platz.

1. Abschnitt: Die Wirkung formnichtiger Nebenvereinbarungen auf den Bestand des Formalgeschäfts

A) Die Formungültigkeit von Vorberedungen in ihrer Wirkung auf den Bestand des Formalgeschäfts

Bei der Prüfung der Frage nach der Formbedürftigkeit von Vorberedungen sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß die Beantwortung verschieden ausfallen muß, je nachdem, ob die in den Vorberedungen getroffenen Vereinbarungen Bestandteil des später zum Abschluß kommenden Formalgeschäfts werden sollen und damit schon im Stadium der Punktation einen festen Bindungswillen erkennen lassen, oder aber kein Bindungswille besteht, und daher die Nebenabreden im Zeitpunkte des förmlichen Vertragsschlusses als fallengelassen gelten müssen. Im ersteren Falle, also bei gegebenem Bindungswillen, werden die Nebenvereinbarungen vom Formzwang mitumfaßt, während die Formvorschriften für Abreden, in denen kein fester Bindungswille zum Ausdruck kommt, kein Interesse haben. Im ersteren Falle folgt aus dem Formverstoß die Nichtigkeit der Vorabrede und, je nach der Art des formalgeschäftlichen Tatbestandes, mit dem wir es zu tun haben, gem. § 125 oder § 139 BGB die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts oder eines Teils desselben. Im zweiten Falle kann sich wegen des fehlenden Bindungswillens keine Formfrage für die Vorberedungen und also auch kein Formverstoß ergeben. Damit aber entfällt in diesen Fällen die Gefahr einer Nichtigkeitsdrohung für den formalisierten Geschäftsteil. Bei der Prüfung der Frage nach der Wirkung formloser Vorberedungen auf den Bestand des beurkundeten Inhalts der übrigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien wird man in der Regel daran festhalten können, daß Abreden, in denen kein fester Bindungswille zum Ausdruck kommt, mit Errichtung der Urkunde als fallen gelassen gelten dürfen. Nur wenn die Vorberedungen einen ausdrücklichen Bindungswillen erkennen lassen, ist zu prüfen, ob das beurkundete Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil bestehen soll und, soweit es ein von Natur aus einheitliches Geschäft ist, ob es überhaupt ohne den nichtigen Teil bestehen kann.

B) Die Wirkung formnichtiger, bei Vertragsschluss getroffener Nebenabreden auf das beurkundete Rechtsgeschäft

Der Unterschied in der Wirkung der Nichtigkeit bei Vertragsschluß getroffener Nebenabreden auf den Bestand des Formalgeschäfts gegenüber der Wirkung formnichtiger Vorberedungen folgt aus dem verschiedenen Verhältnis, in dem die beivertraglichen Abreden zu dem formalisierten Geschäftsinhalt stehen. Auf die mit ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen werden die Parteien in der Regel nicht verzichten wollen, während im Hinblick auf nicht formalisierte Vorberedungen zunächst immer eine Vermutung für den Verzicht der weiteren Geltung besteht. Halten die Parteien den in den Nebenabreden erklärten Willen neben dem formalisierten übrigen Geschäftsinhalt aufrecht, so bringen sie damit zum Ausdruck, daß das Formalgeschäft nicht ohne die Nebenabrede gelten soll. Bilden Nebenabrede und formalisierter Tatbestand eine von Natur aus gegebene Einheit, so folgt die Nichtigkeit schon aus der engen Verbindung zwischen dem willensmäßigen Gehalt der Urkunde und demjenigen der Nebenabrede. Stellt sich der rechtsgeschäftliche Tatbestand als die Zusammenfassung mehrerer Willensmomente zu einer Gesamtheit dar, so bestimmt § 139 in Ergänzung zu § 125 BGB, daß auch in diesen Fällen im Zweifel das ganze Geschäft das Los der formlosen Nebenabrede teilen soll. Immerhin bringt aber diese Bestimmung für die zusammengesetzten Geschäfte den Parteien die Erleichterung, daß sie bestimmen können, ob sie den formgültigen Teil auch ohne den formnichtigen gewollt haben würden. Trifft dies zu, dann kann der formgültige Teil erhalten werden. Er bleibt also von der Formnichtigkeit des Nebenvertrages unangefochten. Es kann nun aber sehr fraglich erscheinen, ob nicht auch bei von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften in der Mehrzahl der Fälle die Teilerhaltung im Sinne der Parteien liegt. Der Struktur des von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäfts scheint die Möglichkeit einer Teilerhaltung aufgrund Parteiwillens zu widersprechen, weil die Abtrennung von Erklärungsteilen von dem von Natur aus einheitlichen rechtsgeschäftlichen Tatbestand in der Regel zu einer rechtlichen Veränderung desselben führt, mithin die Aufrechterhaltung des Restes einen in sich entstellten Rechtsfolgewillen zu ergeben pflegt. Es fragt sich, wie hier eine Lösung zu finden ist. Es könnte doch im Sinne unserer Rechtsordnung liegen, ohne Rücksicht auf die Art der rechtsgeschäftlichen Tatbestände ganz allgemein möglichst die Erhaltung des Gewollten zu gewährleisten und da, wo das insgesamt Gewollte nicht zu erhalten ist, wenigstens die Teilerhaltung zu versuchen.[112]

Was die Beantwortung dieser Frage angeht, so kann die Entscheidung nicht schwerfallen; denn jede vernünftige Rechtsordnung

112) In gleichem Sinne Roquette: Streifzüge in JW. 1938, 154, III; siehe auch die kritischen Ausführungen bei Rumpf: Richterliche Freiheit bei Formnichtigkeit, in: JW. 1938, 2579 ff.

wird sich bereitwilliger der Erhaltung als der Zerstörung zuwenden, mag sie es dabei mit Gütern oder mit rechtsgeschäftlichen Tatbeständen zu tun haben. Schwierigkeiten aber bietet im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 125 und 139 BGB die Beantwortung des ersten Fragenteils; denn mit § 125 scheint unsere Rechtsordnung den Grundsatz aufzustellen, daß es die Parteien bei von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften nicht in der Hand haben, einen nichtigen Bestandteil fallen zu lassen, um so den formgültigen Rest zu erhalten.

Dieser Gedanke kommt auch in den Ausführungen des RGR-Kommentars zum Ausdruck, wenn es dort gelegentlich der Erläuterungen zu § 139 BGB heißt: „Da der § 139 von dem Gedanken der Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts ausgeht und für seine Anwendbarkeit die Möglichkeit der Teilung voraussetzt, so ist es in diesem Sinne richtig, die der Bestimmung unterfallenden Rechtsgeschäfte als zusammengesetzte zu bezeichnen, oder aber die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift auf derartige Rechtsgeschäfte zu beschränken".[113] Aus der Unanwendbarkeit des Grundsatzes von der Teilerhaltung des § 139 BGB auf mit Formmängeln behaftete Tatbestände von Rechtsgeschäften, deren Rechtsfolgewillenserklärungen eine von Natur aus gegebene Einheit darstellen, würde aber folgen, daß eben auf diesem Gebiete die Rechtsordnung kein Interesse an der Erhaltung habe und als Ausgangsnorm für die Beurteilung der Frage nach der Wirkung formnichtiger Nebenabreden auf den Bestand des formalisierten Teils des Rechtsfolgewillens der Parteien ausschließlich die Vorschrift des § 125 BGB gelten lasse. Dies Ergebnis muß notwendig als wunderlich erscheinen; denn, so wird man mit Recht einwenden, wenn nicht einmal die Nichtigkeit eines als Nebenvertrag mit einem Grundstückskauf verbundenen Werkvertrags z. B. über die Errichtung eines Fabrikgebäudes auf dem zur Veräußerung stehenden Grundstück bei Formverstoß gem. § 139 zur Nichtigkeit des Grundstücksveräußerungsvertrages zu führen braucht. Warum sollte dann die nicht beurkundete Zusicherung einer Grundstückseigenschaft gem. § 125 zur Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages führen, bloß weil hier, dogmatisch gesehen, anstatt einer gewillkürten, teilbaren Einheit eine von Natur aus gegebene und daher unteilbare vorliegt? Sicherlich können die Parteien bei den von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäften deren Teile nicht willkürlich dem Formzwange entziehen, indem sie sie für selbständig erklären; muß sich daraus aber auch die Folgerung ergeben, daß bei Formverstößen, die nur für gewisse Bestandteile des von Natur aus einheitlichen Geschäfts vorliegen, eine Teilerhaltung ausgeschlossen ist? U. E ist diese Frage zu verneinen, und der überwiegende Teil der Kommentatoren spricht sich denn auch für die Anwendung des § 139 auch auf die von Natur aus

113) Vgl. Erl. 1 zu § 139, S. 302.

einheitlichen Rechtsgeschäfte aus.[114] Folgt man der herrschenden Meinung, so ergibt sich aufgrund sinngemäßer Anwendung des § 139 auch für die von Natur aus einheitlichen Rechtsgeschäfte, die Möglichkeit der Teilerhaltung, sofern nur die Parteien von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen. In Prozessen, in denen der Streit darum geht, ob ein Formalvertrag von der Nichtigkeit einer mündlichen Nebenabrede miterfaßt wird, sollte der Richter die Deutung des Parteiwillens so versuchen, daß der formgerechte Teil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes erhalten bleibt. Wenn die Parteien in der richtigen Weise befragt werden, wird es in der Regel nicht schwer sein, den z. Zt. der Errichtung des Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen zu Gunsten einer gewollten Teilerhaltung auszulegen. Ergibt sich allerdings, daß die Kontrahenten z. Zt. der Errichtung des Rechtsgeschäfts das urkundlich Erklärte unter keinen Umständen ohne das daneben mündlich oder sonst formwidrig Vereinbarte wollen, dann führt die Nichtigkeit der gegen die Formvorschrift verstoßenden Nebenabreden auch zur Nichtigkeit des Urkundeninhalts. Eigentlich folgt dies — auch für die zusammengesetzten Geschäfte — nicht erst aus § 139 BGB, sondern schon aus § 125; denn auch bei den zusammengesetzten Geschäften haben wir es nicht mit zwei Teilen, sondern mit einem Ganzen zu tun, das wegen des nicht formgerechten Teils als Ganzes gegen die Form verstößt und daher gem. § 125 nichtig ist.[115] Aus dem Gesagten erhellt, daß der Allgemeine Teil des BGB auch ohne die Vorschrift des § 139 keine Lücke aufweisen würde; denn was dort ausgesprochen wird, ist ein Gebot der Logik und also eine Selbstverständlichkeit.

Wir haben soeben die Frage beantwortet, welche Rechtsfolge sich für den formgerechten Teil des Rechtsgeschäfts aus dem Vorhandensein formloser Abreden ergibt, wenn sämtliche Vertragsparteien das formgerecht und formwidrig Vereinbarte nur zusammen gewollt hätten. Wie steht es aber, wenn in diesem Punkt unter den Vertragspartnern keine Einigkeit besteht? Hier werden wir sagen können: In allen Fällen, in denen der durch den Wegfall der formnichtigen Erklärungen Belastete trotzdem das Formalisierte aufrechterhalten möchte, wird man zur Wahrung des Bestandes des formgerecht Erklärten neigen müssen und zwar auch dann, wenn der andere Vertragsteil sich ausdrücklich auf die willensmäßige Verbindung des formgerecht und formwidrig Erklärten beruft; denn ein solches Verhalten müßte als arglistig gelten. Es kann nicht der Sinn unserer Rechtsordnung sein, sich gegen den vertragsgetreuen

114) Vgl. hierzu die Ausführungen über die Anwendbarkeit des § 139 BGB bei Staudinger, Palandt, Achilles-Greiff, Warneyer-Kom.-Handausgabe und Enneccerus-Nipperdey, § 189, IV, 2, insbesondere Fußnote 19, S. 616.

115) Vgl. Palandt-Kom., Erl. 3 zu § 125, S. 93; Staudinger-Kom., Erl. I, 5d, S. 635 am gleichen Ort in Uebereinstimmung mit zahlreichen Kommentatoren und Lehrbüchern.

Teil zu stellen. Wir werden weiter unten noch näher auf die Bedeutung der Arglisteinrede im Zusammenhange mit der Frage nach der Wirkung der Nichtigkeit von Nebenabreden auf den Bestand des formalisierten Teils des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes eingehen.

C) Formwidrige Nachtragsabreden und ihre Rückwirkungen auf den formalisierten Urvertrag

Wenn die Parteien den Urvertrag formgerecht abgeschlossen, nachträglich aber formlose Abreden getroffen haben, durch die entweder einzelne Vertragsbestimmungen gegenstandslos werden, einen andern als den ursprünglichen Sinn bekommen, oder der Urvertrag um neue Bestandteile erweitert wird, dann äußert sich der Rechtsfolgewille der Parteien für die Zukunft in zwei Teilen, nämlich einem formgerechten und einem der formermangelnden Teil, wie dies auch im Verhältnis zwischen Vor- und Nebenberedungen zum formalisierten Vertragsinhalt der Fall ist. Die Frage, ob die Nichtigkeit des nachträglich Vereinbarten auch im Zweifel die Nichtigkeit des Urgeschäfts zur Folge hat, wird häufig von Kommentatoren verneint.

Im Gegensatz zu den gleichzeitig mit dem Urvertrag formlos vereinbarten Nebenabreden, deren Nichtigkeit wegen der „von Natur aus gegebenen Einheit" des Rechtsgeschäfts zur Nichtigkeit auch des formgerecht abgeschlossenen Teils führen könne, so meint Oertmann, aus der Nichtigkeit nachträglicher Abreden nicht auch diejenige des Urvertrags gefolgert werden. Wenn die Nachtragsabreden wegen Formverstoßes gem. § 125 nichtig seien, so müßten sie als schlechthin unbeachtlich gelten, der Urvertrag aber werde davon nicht in seinem Bestande beeinflußt.[116] In diesem Sinne äußern sich auch Planck, Soergel und Staudinger.[117] Dieser Auffassung kann hier keine Gefolgschaft geleistet werden.

Wenn das Formalgeschäft mit den Nachträgen eine Einheit bilden soll, wie sie willensmäßig auch zwischen den gleichzeitig mit dem Urvertrag getroffenen Nebenvereinbarungen geschaffen wird, dann leuchtet nicht ein, warum bei den gleichzeitigen Abreden jeder Mangel in der Form zu einer Gefährdung der Ganzheit des Geschäfts führen soll, während da, wo durch Nachträge in gleichem Sinne eine Einheit gewollt ist, der Urvertrag durch Formmängel in den Nachträgen unangefochten bleiben würde. Sollte das richtig sein, dann müßte man als folgerichtig anerkennen, daß die Parteien, wenn sie schon formlose Nebenabreden treffen wollten, diese besser etwas später als den urvertraglich-formellen Inhalt vereinbarten,

116) Oertmann-Kom., Erl. 5b zu § 125, S. 439.

117) Planck-Kom., Erl. 4a, Alpha zu § 125, S. 317; Soergel-Kom., Erl. 3b zu § 125, S. 154; Staudinger-Kom., Erl. I, 5d, Delta zu § 125, S. 636, Randzif. 13; vgl. auch: Schneider: Treu und Glauben, S. 78; von Tuhr: Bd. 2, I, § 63, S. 510; RGZ. 71, 416.

weil sie dann nicht den formellen Teil in Gefahr brächten, eine Folgerung, die um so unmöglicher erscheint, je mehr man die für die Vereinbarung — des Formalvertrags und der Nachtragsabreden in Betracht kommenden Zeitpunkte zusammenrücken läßt. Nach Art der Differentialrechnung brauchte man nun bloß noch den Grenzübergang zu machen, und die erwähnten Kommentatoren müßten erklären, daß auch bei den gleichzeitigen Abreden der Mangel der Form dem Formalvertrag nicht schädlich werden könne. Das aber erscheint mit der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und mit dem Zweck des Formzwangs unvereinbar. Im Gegensatz zu Oertmann, Planck und Staudinger meinen wir also, die Auffassung vertreten zu können, daß, wenn nachträgliche Abreden Bestandteile eines Formalgeschäfts werden sollen und daher selbst formbedürftig sind, der Mangel der Form wegen der Einheit des Rechtsgeschäfts zur Nichtigkeit des insgesamt Vereinbarten führen muß, zumindest dann, wenn die Parteien den formellen Teil ihrer Erklärungen nicht ohne die formlosen Abreden aufrecht erhalten wollen, oder wenn der sich in den Erklärungen der nachträglichen Abreden ausdrückende Parteiwille im Wege der Auslegung in keiner Weise den Erklärungen des formalisierten Urvertrages zu entnehmen ist; denn in diesem Falle kann ja der nachträglich geäußerte Wille unter keinen Umständen als mitformalisiert gelten.

Eine Abweichung von diesem Grundsatz erscheint nur da statthaft, wo das Gesetz selbst die Nichtigkeit ausschließt und zwar nicht nur die Nichtigkeit der Nebenabreden, sondern auch diejenige des Urvertrags. Dies trifft z. B. bei der Miete zu, weil der Mietvertrag sowohl schriftlich als auch formfrei gültig abgeschlossen werden kann. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß sich durch die Vereinbarung formloser nachträglicher Abreden der formelle Urvertrag in seinen materiellen Folgen nicht unerheblich ändert, indem eine essentiale, nämlich die Mietzeit, das Merkmal der Bestimmtheit verliert, und an die Stelle eines ehemals auf bestimmte Dauer gerichteten Rechtsverhältnisse ein Vertrag auf unbestimmte Zeit tritt.

Roquette meint[118], in gleicher Weise zeige sich die gegenseitige Abhängigkeit zwischen Urvertrag und Aenderungsvertrag dann, wenn der Urvertrag formwidrig, der Aenderungsvertrag dagegen formgerecht abgeschlossen worden sei. Auch hier bestehe der Vertrag aus zwei Teilen, nämlich einem beurkundeten und einem der Form ermangelnden Teil und entbehre somit insgesamt der Form. Dem kann keine Gefolgschaft geleistet werden. Wenn die Parteien von einer leichten zu einer erschwerteren Festlegung ihrer rechtlichen Beziehung übergehen, muß angenommen werden, daß sie die früheren formlosen Vereinbarungen fallen lassen wollen. Die Verhältnisse liegen ja hier genau wie zwischen Vorberedungen

118) Roquette: Streifzüge, JW. 1938, S. 152, II, 2, am Schluß.

und endgültiger Gestaltung des rechtsgeschäftlichen Inhalts. Soweit nur Einzelpunkte, nicht auch die Essentialien formalisiert werden, wird man in solchen Fällen auch gar nicht von einem Uebergang von der Formfreiheit zum Formzwang reden können, sondern den Sinn der urkundlichen Niederlegung einzelner Erklärungsteile in dem Streben nach einer Erleichterung ihrer Beweislichkeit zu sehen haben, in vielen Fällen sogar eine bloß angewandte Form. Soweit aber in der nachträglichen Urkunde auch die Essentialien mitformalisiert sind, kann erst von der Beurkundung an die eigentliche Einigung über das Zustandekommen des Vertrages angenommen werden. Die vorher getroffenen formlosen Vereinbarungen stellen sich in diesem Falle gar nicht als ein fertiger Vertrag, sondern als Vorberedungen dar, die, soweit sie aufrechterhalten werden sollen, und keinen, wenn auch noch so schwachen Ausdruck in der Urkunde finden, nach den im ersten Abschnitt des ersten Kapitels gegebenen Richtlinien möglicherweise auch formbedürftig sein und dann den Formalvertrag in seinem Bestande bedrohen können. Die Nichtigkeit des nachträglichen formalisierten Vertrages kann aber im Gegensatz zu dem umgekehrten Falle schon deshalb nicht ohne weiteres folgen, weil der Parteiwille in der Regel dahingehen wird, das formlos Vereinbarte fallen zu lassen.

2. Abschnitt. Die Nichtigkeit, ihr Begriff und Wesen und die Rechtsbehelfe zur Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit

A) Begriff und Wesen der Nichtigkeit

I. Begriff der Nichtigkeit

Der gemeinrechtliche Sprachgebrauch bezeichnet als nichtig jedes Rechtsgeschäft, dem die gewollte Rechtsfolge versagt ist. Das BGB kennt zwar auch diesen gleichen Begriff, es nennt aber ein Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn die Wirkungslosigkeit auf einzelnen bestimmten Gründen beruht, nämlich auf Bewußtlosigkeit, mangelndem Willen, Geschäftsunfähigkeit, auf verbotenem oder sonst gemißbilligtem Inhalt, auf anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung oder, was hier besonders interessiert, auf Formmängeln (§§ 116—118; 105, 134, 138, 306 und 125 BGB).

II. Das Wesen der Nichtigkeit

1. Allgemeines

Das nichtige Rechtsgeschäft ist äußerlich zwar vorhanden, aber

119) Z. B. wegen sogenannter culpa in contrahendo nach § 307 BGB; vgl. auch § 309 BGB, in welchen Fällen aber die Wirkung, wie die Motive I, 217 mit Recht sagen, nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern durch einen in dem äußeren Akte sich findenden besonderen Tatbestand erzeugt wird.

nicht als Rechtsgeschäft, weil ihm das Recht die rechtsgeschäftliche Wirkung, nämlich die in den rechtsgeschäftlichen Erklärungen bezeichneten Rechtsfolgen, versagt. Das schließt aber nicht aus, daß das Gesetz an die vorgenommene Handlung eine nicht gewollte Rechtsfolge knüpft, so etwa die Verpflichtung zur Leistung des negativen Interesses.[119]

Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kann auf mehreren gleichzeitig gegebenen Gründen beruhen; z. B. ein der Form ermangelndes, aber formbedürftiges Geschäft ist zugleich willensmäßig und moralisch fehlerhaft.

Das nichtige Rechtsgeschäft erlangt nicht dadurch Gültigkeit, daß die Gründe der Nichtigkeit später fortfallen. Das war im Entwurf I, § 109 des BGB ausdrücklich ausgesprochen, gilt aber auch für das diese Bestimmung nicht ausdrücklich enthaltene BGB.[120] Wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft nach Wegfall der Nichtigkeitsgründe zur Wirksamkeit gebracht werden soll, so ist Neuerrichtung notwendig. „Die sogenannte Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts, wo sie überhaupt statthaft ist, stellt sich für die strenge juristische Betrachtung als eine erneute Vornahme dar und ist nach der Vorschrift des Gesetzes (§ 141) auch als solche zu beurteilen."[121]

2. Berufung auf die Nichtigkeit; negative Feststellungsklage und Nichtigkeitsklage

a) Berufung auf die Nichtigkeit

Aus dem Begriff der Nichtigkeit folgt, daß das nichtige Rechtsgeschäft, weil es rechtlich als nicht vorhanden gilt, für und gegen niemand wirken kann. Jeder kann sich daher gegenüber jedem auf die Nichtigkeit berufen. Wenn aber eine nichtige Veräußerung gegenüber einem gutgläubigen Erwerber vorgenommen worden ist, so kommen natürlich dem Gutgläubigen die Bestimmungen des BGB zum Schutze des guten Glaubens zugute. Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit ist wirkungslos.[122] Ebenso ergibt sich aus der unbedingten Nichtigkeitsfolge, daß sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch jeder Dritte berufen kann[123], im Falle der Bestellung einer nichtigen Hypothek auch der jeweilige Nachfolger des Bestellers, ferner der Schuldner gegenüber einer nichtigen Abtretung.[124] Wenn auf eine Schuld aus einem nichtigen Rechtsgeschäft ein Anerkenntnisurteil ergangen ist, so können sich diejenigen, denen gegenüber das Urteil keine Rechtskraft hat, betreffs der Nichtigkeit nicht auf das Urteil berufen.[125]

120) Vgl. Staudinger-Kom., Einl. vor § 104 BGB, V, E, 2a, Randzif 29, S. 485.
121) Staudinger an der in voriger Fußnote bezeichneten Stelle.
122) RGZ. 61, 267; JW. 1922, 1195/2, betr. Kettenhandel.
123) RGR-Kom., Erl. 1a zu § 125 BGB, S. 249.
124) RGR-Kom., Erl. 1 zu § 409; RGZ. 93, 75; RG-JW. 1908, 297/3.
125) RG-JW. 1909, 131/2.

Das über die Möglichkeit der Berufung auf die Nichtigkeit Gesagte gilt nicht allgemein für das Eherecht. Hier hat die Nichtigkeit eine andere, nämlich eine der Anfechtbarkeit ähnliche Bedeutung, weil die nichtige Ehe vollwirksam werden kann (§§ 21 II, 22 II, 23 II, 25 und 26 II (Ehegesetz). § 27 des Ehegesetzes stellt fest, daß sich niemand auf die Nichtigkeit der Ehe berufen kann, solange nicht die Ehe durch richterliches Urteil für nichtig erklärt worden ist. § 87 des Ehegesetzes bestimmt weiter, daß die Berufung auf die Nichtigkeit einer vor Inkrafttreten des Ehegesetzes vom 6. Juli 1938 geschlossenen Ehe nur nach den Vorschriften dieses Gesetzes zulässig ist; die Vorschriften des BGB sollen aber in diesem Falle maßgebend bleiben, wenn die Ehe unter Verletzung der gesetzlich vorgeschriebenen Form geschlossen und nicht in das Heiratsregister eingetragen war. Nach dem früher geltenden § 1329 BGB war, auch ohne Richterspruch, die Berufung auf die Nichtigkeit der Ehe zulässig, wenn die Nichtigkeit auf einem Mangel der Form beruhte und die Eheschließung außerdem nicht in das Heiratsregister eingetragen war.

b) Negative Feststellungsklage und Nichtigkeitsklage

In der Regel bedarf es keines besonderen Rechtsaktes zur Geltendmachung der Nichtigkeit.[126] Der Richter hat die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sofern diese gerichtskundig geworden ist, von amtswegen zu berücksichtigen, auch wenn sie von dem, dem sie zugutekommt, nicht geltend gemacht wird.[127] Das BGB kennt bei Verkehrsgeschäften keine besondere Nichtigkeitsklage. Eine dahingehende Bestimmung müßte wohl vorhanden sein, wenn das nichtige Rechtsgeschäft nicht als ipso iure nichtig aufgefaßt werden sollte. Die Auffassung von Manigk, eine ipso iure gegebene Wirkungslosigkeit liege nicht vor, der Kläger, der z. B. die Geschäftsunfähigkeit bei Abschluß des das Klagefundament bildenden Vertrages vorbringe, vernichte erst dadurch die Wirksamkeit des Tatbestandes in den Fällen des § 138 BGB bewirke erst das richterliche Urteil die Vernichtung des bis dahin wirksamen Vertrages[128], ist daher mit dem geltenden Recht unvereinbar. Wenn aber ein besonderes rechtliches Interesse besteht, so kann natürlich gem. § 256 ZPO die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts im Wege der Feststellungsklage — sogenannte negative Feststellung — durch das damit begehrte Urteil ausgesprochen werden.[129] Handelt es sich bei dem Klagebegehren um die Feststellung der Nichtigkeit eines Rechtsge-

126) Staudinger-Kom., Einl. vor § 104 BGB unter V, E, 2b, Randziff. 30.

127) Enneccerus-Nipperdey, § 189, I, 5b, S. 613; Palandt-Kom., Erl. 4a im Ueberblick vor § 104 BGB, S. 68.

128) Manigk: Unwirksamkeit, Ungültigkeit, bei Stier-Somlo, Handwörterbuch, Bd. 6, S. 297.

129) zustimmend Staudinger-Kom., Erl. V, E, 2b, Randzif. 30 in der Einl. zu § 104 BGB.

schäfts, aus dem sich bei Gültigkeit Ansprüche gegen den Kläger ergeben könnten — und das ist ja regelmäßig bei allen Verkehrsgeschäften der Fall — so obliegt dem Kläger hinsichtlich der Begründung seines Klageantrags nur die prozessuale Darlegungslast mit Anforderungen gehöriger Bestimmtheit der Beziehung des streitigen Anspruchs; der Beklagte dagegen hat nach dem allgemeinen Grundsatze, daß derjenige, der sich eines Anspruchs berühmt, die den Anspruch begründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, ohne Rücksicht auf die prozessuale Parteirolle die Begründung des Rechtsverhältnisses zu beweisen.[130] Jonas will die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nur da zulassen, wo daraus Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft hergeleitet werden.[131] Dem ist Gefolgschaft zu leisten; denn es wäre sinnlos, wollte man das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses dem nur aus lauter Freude am Klagen prozessierenden Kläger im Feststellungsurteil bestätigen. Die Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft, die Jonas als Prozeßvoraussetzung für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit fordert, ergeben sich zumeist aus der Wirkung der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das Erfüllungsgeschäft; denn „bei einer dem Leben dienenden Rechtsanwendung . . . läßt sich das Vollzugsgeschäft von seinem Rechtsgrunde meist nicht trennen, jedenfalls nicht völlig losgelöst von ihm betrachten", führt der RGR-Kommentar zutreffend aus.[132] Die Frage nach der Wirkung der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das Vollzugsgeschäft kann daher hier nicht unerörtert bleiben.

3. Die Wirkung der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das Erfüllungsgeschäft

Die Nichtigkeit des Grundgeschäfts greift dann auch auf das Erfüllungsgeschäft über, wenn die Parteien die Rechtsbeständigkeit des Grundgeschäfts zur Bedingung für die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts erheben.[133] Der Fall, daß die dem Grundgeschäft anhaftende Nichtigkeit auch das dingliche Vollzugsgeschäft ergreift, ist z. B. dann gegeben, wenn das nichtige Kausalgeschäft mit dem Erfüllungsgeschäft zusammenfällt, wie etwa, wenn bei selbständigen abstrakten Geschäften auf dem Gebiete des Schuldrechts mit der Vornahme des Leistungsgeschäfts zugleich eine schuldrechtliche Verpflichtung begründet werden soll[134], oder wenn ein Geschäftsunfähiger schenkungsweise eine Sache übereignen will. Die Rechtsprechung nimmt an, daß die Geschäftsunfähigkeit als

130) Abweichend Jonas-Kom., Erl. IV, 2a zu § 256 ZPO; zutreffend Sydow-Busch-Kom., Erl. 1 zu § 256 ZPO, S. 386.

131) Jonas-Kom., Erl. II, 4 zu § 256 ZPO. unter Berufung auf zahlreiche Entscheidungen des RG.

132) RGR-Kom., Vorbem. 5 zu § 104 BGB, S. 194.

133) RGZ. 57, 96 ff.

134) RGZ. 63, 187.

Nichtigkeitsgrund immer dann auch das Erfüllungsgeschäft ergreift, wenn sie im Zeitpunkt seiner Vollziehung noch vorliegt.[135] Auch bei Willensmängeln, die beiden Rechtsgeschäften anhaften, und deretwegen das Kausalgeschäft angefochten wird, muß angenommen werden, daß die Anfechtung und damit die Nichtigkeit im Zweifel auch das Leistungsgeschäft ergreifen soll.[136]

Nach dem Gesagten darf festgestellt werden, daß dem Satz, der Bestand des Erfüllungsgeschäfts werde von der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts nicht berührt, keine allgemeine Bedeutung mehr zukommt.[137]

4. Ausgleichsansprüche der Beteiligten bei Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

Für die Darlegung des Wesens der Nichtigkeit ist die Beantwortung der Frage unerläßlich, welche Ansprüche für die Beteiligten entstehen, wenn aufgrund eines nichtigen Geschäfts eine Leistung von einer oder sämtlichen Geschäftspartnern erfolgt.

Je nach der Art der Leistung und der Art des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ist der Ausgleich zwischen den Parteien bei Nichtigkeit des Grundgeschäfts ein verschiedener. Die in Betracht kommenden Rechtsbehelfe müssen sich danach unterscheiden, ob der Leistungsgegenstand von dem Vermögen der einen Partei in dasjenige der andern übergegangen ist oder aber trotz des Vollzugsgeschäfts noch keine Vermögensverschiebung stattgefunden hat. Endlich müssen verschiedene Rechtsbehelfe auch Platz greifen, je

135) RGZ. 72, 64.

136) Für die Anfechtung eines Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung im Verhältnis zu dem sich daraus ergebenden dinglichen Uebereignungsvertrag von RGZ. 70, 57 und zahlreichen späteren Entscheidungen ausgesprochen; vgl. auch Seuff. A. 67, Nr. 192; bedenklich aber RG. in Seuff. A. Bd. 69 Nr. 47, betr. Zession einer Hypothek. RGZ. 93, 221, betr. Abtretung einer Hypothek aufgrund eines formnichtigen Kaufvertrages, wo Kausal- und Leistungsgeschäft total getrennt werden. Warum nicht ein sittenwidriges Wollen auch das Erfüllungsgeschäft beeinflussen können soll, ist unverständlich.

137) Palandt-Kom. im Ueberblick vor § 104 BGB unter 3e, S. 67: „Natürlichem Empfinden liegt das Kausalgeschäft näher. Daß trotz Nichtigkeit des Kaufvertrages Eigentum übergehen soll, ist dem Laien schwer verständlich. Dennoch sind im geltenden Recht, im vermeintlichen Interesse der Klarheit der Rechtsverhältnisse, dingliche Geschäfte, wie überhaupt Verfügungen fast durchweg grundsätzlich abstrakt und nur dann von der Kausa abhängig, wenn die Parteien das Vorhandensein der Kausa zur Voraussetzung der Wirksamkeit der Zuwendung gemacht haben. Bei vernünftiger, sich von älterer Begriffsjurisprudenz freimachender Auslegung der Parteierklärungen läßt sich ein dahingehender Parteiwille meist annehmen; dann ergreift, wie bei kausalem Geschäft, die Nichtigkeit des Grundgeschäfts das zur Erfüllung vorgenommene Verfügungsgeschäft. Eine Einschränkung des Kreises der abstrakten Geschäfte im künftigen Recht im Interesse größerer Volksverständlichkeit wäre zu begrüßen". Die völlige Beseitigung der abstrakten Rechtsgeschäfte fordert Heck: Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, § 1 und §§ 6 und 7.

nachdem es sich um eine Leistung aus einem schuldrechtlich-konsensualen Vertrag oder aus einem Realvertrag handelt.

Handelt es sich bei dem Geschäft, auf dem die Leistung beruht, um ein Rechtsgeschäft aus dem Gebiete des Schuldrechts, und ist ihm wegen der Nichtigkeit die Wirksamkeit versagt, dann entfallen gewöhnlich wegen der nicht vorhandenen Vermögensverschiebung Ausgleichsansprüche unter den Kontrahenten. Bei Abgabe eines nichtigen Schuldversprechens z. B. entsteht keine Verpflichtung für den Versprechenden: Ist eine Abtretung nichtig, so behält der Gläubiger sein Forderungsrecht. Auch im Falle eines nichtigen Erlasses erfolgt keine Verschiebung der zu erlassenden Forderung aus dem Vermögen des Erlassenden in das Schuldnervermögen. Um einer Gefährdung der Rechte zu begegnen, kann für den Erklärenden in den vorgenannten Fällen im Streitfalle höchstens Anlaß zur Erhebung einer negativen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO bestehen.[138]

Bei einer Zession ist aber denkbar, daß eine nachträgliche Vermögensverschiebung stattfindet, nämlich dann, wenn der Zessionar nach den Grundsätzen eines gutgläubigen Rechtserwerbs (§§ 407—409 BGB) weiterverfügt. Hier können Ansprüche nach den §§ 812 ff. BGB in Betracht kommen. Soweit aufgrund eines aus einem obligatorischen Geschäft folgenden dinglichen Vollzugsgeschäfts der Leistungsempfänger vorsätzlich oder fahrlässig ein absolutes Recht des Leistenden verletzt hat, steht diesem ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 in Verbindung mit den §§ 249 ff. BGB zu.[139]

Bei den realvertraglichen Leistungen ist folgende Rechtslage gegeben:

Wenn bei Leistung einer Sache außer dem Grundgeschäft auch das Erfüllungsgeschäft von der Nichtigkeit mitergriffen wird, dann ist der Leistende in erster Linie auf die Eigentumsklage gem. § 985 BGB angewiesen und, soweit das Liegenschaftsrecht in Betracht kommt, auf die Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs aus § 894 BGB. Wenn aber das Erfüllungsgeschäft die Vermögensverschiebung ungeachtet der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts bewirkt hat, weil sich die Nichtigkeit des Grundgeschäfts einmal nicht auch auf das Leistungsgeschäft erstreckt, dann muß der Leistende bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Leistungsempfänger sich von vornherein auf die §§ 812 ff. BGB stützen. Die Anwendbarkeit der Grundsätze des Rücktrittsrechts gem. § 346 BGB scheiden aus.[140]

Auf den Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB ist der Leistende auch dann beschränkt, wenn die Vermögensverschiebung erst nachträglich dadurch eintritt, daß der Leistungsempfänger

138) RGR-Kom., Erl. 1b zu § 125 BGB, S. 250.
139) RGR-Kom., Erl. 1b zu § 125, S. 251.
140) RG-JW. 1909, 485/6; 1910, 799/3.

die nicht wirksam erworbene Sache später rechtswirksam (§§ 932, 894 BGB) weiterveräußert oder auch bei Untergang der Sache. Die Ansicht Staudingers, daß dem Leistenden die freie Wahl zwischen der dinglichen Klage und der Bereicherungsklage zustehe[141], lehnt der RGR-Kommentar mit der Begründung ab, daß letztere Klage immer eine Vermögensverschiebung zur Voraussetzung haben müsse.[142]

B) Die Rechtsbehelfe zur Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit

I. Milderung durch die Möglichkeit der Umdeutung und Heilung

1. Die Umdeutung nichtiger Rechtsgeschäfte

In der Regel versagt das Gesetz in § 125 dem Rechtsgeschäft bei Formverletzung jede Rechtswirkung, indem es mit Nichteintritt der gewollten Rechtsfolgen droht. Da aber unser BGB auf dem Standpunkte möglichster Erhaltung des Gewollten steht, so mildert es diesen Grundsatz dadurch, daß es Rechtsbehelfe bietet, die zur Erreichung der beabsichtigten Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts führen können. In Betracht kommt einmal die in § 139 vorgesehene und schon besprochene Teilerhaltung, die Möglichkeit der Konversion (§ 140), die Erhaltung des Rechtsgeschäfts durch Heilung und schließlich die völlige oder teilweise Vereitelung der Nichtigkeitsfolgen durch Geltendmachung der aus dem Grundgedanken des § 242 BGB von Rechtsprechung und Schrifttum als Rechtsbehelfe für den vertragsgetreuen Teil entwickelten Einrede der Arglist.

Bei der in § 141 BGB aufgezeigten Möglichkeit der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts durch Neuvornahme darf nicht übersehen werden, daß es sich hierbei nicht um eine Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit formwidriger Rechtsgeschäfte handelt, da bei der Neuvornahme von Rechtsgeschäften keine andern als bei deren Errichtung zu beachtenden Regeln gelten.

Anders liegt es in den Fällen, in denen das Gesetz dem Rechtsgeschäft im Falle der Formverletzung die damit beabsichtigte Rechtsfolge nicht völlig versagt, sondern abschwächt, wie z. B. bei Verletzung der für langfristige Grundstücksmiet- oder -pachtverträge gem. §§ 566, 581 BGB vorgeschriebenen Form, wo die Nichteinhaltung der Formvorschrift zur unbestimmten Vertragsdauer führt. Hier handelt es sich um eine Fehlwirkung[143], die eine Milderung des Grundsatzes der Nichtigkeit darstellt. Die Bestimmung des § 566, nach der bei Formverletzung der Mietvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, greift selbst dann Platz, wenn die

141) Staud-Kom., Erl. I, 4, b, β zu § 812, S. 1684.
142) RGR-Kom., Erl. 1, b, zu § 125, S. 250.
143) Diese Bezeichnung findet sich auch bei Reichel in seinem Aufsatz: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. In: Arch. Ziv. Prax. Bd. 104, 64.

Vertragsschließenden die zeitliche Unbestimmtheit des Vertrages nicht gewollt haben. Die Anwendung des § 139 BGB scheidet aus; denn neben dieser Bestimmung würde der Satz 2 des § 566 in den meisten Fällen seine praktische Bedeutung verlieren. Das aber ist vom Gesetz offenbar nicht gewollt.[144]

Nach § 140 soll, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines andern Rechtsgeschäfts entspricht, das letztere gelten, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

Erst muß also die Nichtigkeit des vorgenommenen Geschäfts feststehen. Dann ist zu fragen, ob es objektiv den Erfordernissen eines andern Geschäfts voll entspricht und erst dann, ob dies Geschäft bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit geschlossen worden wäre.

Wann ein formnichtiges Rechtsgeschäft in seinem Tatbestand den Erfordernissen eines andern, in den Rechtsfolgen ähnlichen Rechtsgeschäfts entspricht, ist nur im Einzelfalle feststellbar. Immerhin sollen hier einige Beispiele als richtungweisend aufgeführt werden.

Der gegen die Formvorschrift des § 311 BGB verstoßende Vertrag auf Uebertragung des ganzen gegenwärtigen Vermögens kann u. U. als ein Vertrag auf Uebertragung der einzelnen Vermögensgegenstände aufrechterhalten werden.[145]

Ein formnichtiger Grundstücksveräußerungsvertrag kann ggfs. als Zusage eines lebenslänglichen Nießbrauchs[146] in Betracht kommen.

Eine der Form des § 766 BGB nicht genügende Bürgschaftserklärung kann evtl. einen Kreditauftrag[147] i. S. von § 778 BGB enthalten.

Eine als Schuldschein bezeichnete Urkunde, die als Schuldanerkenntnis wegen Formmangels nichtig ist, kann u. U. als eigenhändiges Testament aufrechterhalten werden, wenn den Erfordernissen einer letztwilligen Verfügung genügt ist.[148]

Im Falle der formnichtigen Verpfändung einer briefhypothekarischen Forderung kann an Stelle der formnichtigen Verpfändung ein persönliches Zurückbehaltungsrecht am Hypothekenbrief als vertragsmäßig bestellt gelten.[149] Dasselbe gilt von der formnichtigen Verpfändung einer Grundschuld.[150]

Häufig wird ein der Form ermangelnder eigener Wechsel

---

144) Vgl. Lippmann: Miet- und Pachtverträge, in: Gruch. Beitr. Bd. 70, 176/77; h. M.; vgl. auch Deutsches Wohnungsarchiv 1936, 218; RGZ. 86, 30 ff.

145) RGZ. 76, 1 ff.

146) RGZ. 110, 391 ff.

147) Crome: Bürgerliches Recht, Bd. 1, § 81, II, a, Fußnote 17, S. 291; anders Tuhr: 2. Bd. 1. Teil, Fußnote 72, S. 291.

148) RG-JW. 1910, 467.

149) RGZ. 66, 25 ff. u. a. m.

150) RGZ. 124, 28 ff.

als Schuldversprechen nach § 780 BGB aufrechtzuerhalten sein[151] oder, wenn die Voraussetzungen des § 363 HGB gegeben sind, als kaufmännischer Verpflichtungsschein.[152] Wenn aber der Wechsel präjudiziert oder verjährt ist, so kann er weder als Schuldschein, noch als kaufmännischer Verpflichtungsschein gelten, sondern höchstens als Beweismittel angesehen werden.[153] Auch das Akzept eines ungültigen, gezogenen Wechsels stellt kein gültiges Schuldanerkenntnis und auch keinen gültigen Verpflichtungsschein dar.[154]

Als ein Fall gesetzlicher Umdeutung einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung läßt sich die in § 150 Abs. 1 BGB erwähnte verspätete Annahme eines Antrags ansehen, die als neuer Antrag gilt.[155]

Einen weiteren Fall gesetzlicher Umdeutung eines Vertrages bildet § 682 HGB, wonach die Verbodmung, über die kein Bodmereibrief ausgestellt ist, als einfaches Kreditgeschäft aufrechterhalten soll.

Die angeführten Beispiele mögen als Richtlinien zur Beantwortung der Frage nach den bestehenden Konversionsmöglichkeiten genügen.

Es erhebt sich nun die Frage: Von wem muß die Aufrechterhaltung des Tatbestandes des formell fehlerhaften Geschäfts als eines anderen den Erfordernissen des Gesetzes genügenden Rechtsgeschäfts gewollt sein, ist Willensübereinstimmung erforderlich oder genügt auch der Wille nur einer Partei?

Die Antwort wird sich hier danach zu richten haben, ob ein einseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft vorliegt. Mit Staudinger kann festgestellt werden: „Ob ein Rechtsgeschäft als ein Geschäft anderer, verwandter Art aufrechterhalten wird, hängt davon ab, ob das in dem beabsichtigten, aber nichtigen Rechtsgeschäfte liegende andere, mängelfreie Rechtsgeschäft in seinen Wirkungen von dem oder den Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit des fehlerhaften Teils gewollt wäre".[156]

Weiter erhebt sich die Frage: Welche Bedeutung hat das vom Gesetz bezeichnete Erfordernis, das andere Geschäft müsse bei Nichtigkeit des zu konvertierenden Geschäfts gewollt sein?

In der Regel denken die Parteien bei Errichtung eines Rechtsgeschäfts nicht an dessen Fehler und damit auch nicht an seine Nichtigkeit; denn sonst würden sie wohl die zur Nichtigkeit führenden Mängel von vornherein vermeiden. Deshalb muß, wenn die

151) Enneccerus-Nipperdey, § 189, V, S. 617.
152) Staudinger-Kom., Erl. 5 zu § 140 BGB, S. 728, Randzif. 7.
153) ROHG. 9, 354; 22, 305; RGZ. 8, 41; 48, 223 ff.
154) RG-JW. 1930, 1376, Nr. 1; RGZ. 136, 207; RG-Seuff. A. 84, Nr. 30.
155) Ueber die Möglichkeit einer analogen Anwendung dieser Konversionsvorschrift auf andere Fälle mißratener, einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärungen, vgl. bei Rüdenberg: Das Notwegerecht, S. 101 ff.
156) Staudinger-Kom., Erl. 2 zu § 140, S. 727.

Frage nach dem bei Kenntnis der Nichtigkeit tatsächlich Gewollten Beantwortung finden soll, das von den Parteien Erklärte insoweit eine ergänzende Auslegung erfahren. Erforscht wird also hier nicht der wirkliche, sondern der mutmaßliche Wille.[157] Der Parteiwille braucht also zur Rechtfertigung der Umdeutung bei Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts nicht schon tatsächlich auf das in diesem enthaltene andere Rechtsgeschäft gerichtet zu sein, auch nicht eventualiter, vielmehr entscheidet nach den Protokollen[158] „der auf ökonomischen Erfolg gerichtete Wille der Parteien", wozu jedoch Staudinger zu Recht bemerkt, daß es sich nicht nur um ökonomische, sondern auch um Erfolge anderer Art handeln kann, so z. B. bei Aufrechterhaltung einer Verfügung aus einem nichtigen Erbvertrag als privatschriftliche letztwillige Verfügung.[159]

Daß natürlich mit allen Mitteln versucht werden muß, ein nichtiges Rechtsgeschäft in ein gültiges umzudeuten, wird besonders dann ersichtlich, wenn die Parteien von vornherein mit der Möglichkeit der Nichtigkeit gerechnet und für den Fall der gegebenen oder später eintretenden Nichtigkeit den Willen zur Konversion in ihren Abmachungen zum Ausdruck gebracht haben.

Der Beantwortung der Frage, was umdeutungsfähig ist, soll ergänzend die Erörterung der Frage zugeordnet werden, auf welche Rechtsgeschäfte § 140 BGB nicht anwendbar ist.

Die Anwendung der Vorschrift des § 140 ist auf die Fälle beschränkt, in denen ein Rechtsgeschäft wegen Fehlens der von der Rechtsordnung aufgestellten objektiven Erfordernisse nichtig ist. Unzulässig ist die Umdeutung daher da, wo ein Rechtsgeschäft nichtig ist, weil es von einem Nichtberechtigten vorgenommen worden ist.[160] Weil der § 140 als Voraussetzung für seine Anwendbarkeit auch wirkliche Nichtigkeit verlangt, so scheiden auch alle Fälle mit einer behebbaren, bloßen Unwirksamkeit für die Umdeutung aus.[161] Durch die Anwendung von § 140 soll auch nicht die Beseitigung der Nichtigkeit eines Vertrages in der Weise ermöglicht werden, daß ihm nur ein beschränkter Inhalt gegeben, die übermäßige Dauer eines Knebelungsvertrages z. B. verringert wird.[162] Eine Einschränkung in der Anwendbarkeit des § 140 ist ferner in der Richtung notwendig, daß nicht im Wege der Umgestaltung einer Willenserklärung die Begründung eines Rechts oder eines Rechts für eine andere Person erfolgt.[163]

157) Staudinger an der in voriger Fußnote bezeichneten Stelle; Palandt-Kom., Erl. 1 zu § 140, S. 117; RGZ. 110, 392.

158) Protokolle I, 127.

159) Staudinger-Kom., Erl. 2 zu § 140, S. 727.

160) RGZ. 124, 28; RG-Warn. Rspr. 1908, Nr. 441.

161) RGZ. 79, 308.

162) RGZ. 76, 78.

163) RG-HRR. 1933, Nr. 989; ferner RGZ. 70, 358, wonach nicht eine Eigentümergrundschuld gem. § 140 BGB als entstanden gelten soll, wenn der Eigentümer zur Täuschung seiner Gläubigen für seine Kinder eine Hypothek ohne Einigung mit diesen bestellt hat.

2. Die Heilung formnichtiger Rechtsgeschäfte

Nach ausdrücklicher Vorschrift tritt Heilung formnichtiger Rechtsgeschäfte ein in den Fällen der §§ 313, 518, 766, 2301 BGB; § 15, IV. G. m. b. H. Ges. und § 1027, I ZPO durch Erfüllung. Die Heilung erstreckt sich auf die Gesamterklärung, also auch auf die Nebenabreden.[164] Zur Heilung ist nicht notwendig, daß die Vertragsschließenden sich der Mangelhaftigkeit und damit der Heilbedürftigkeit des fehlerhaften Rechtsgeschäfts bewußt waren und darum heilen wollten.[165]

Außer den eben erwähnten Fällen tritt auch im Bereich des Eherechts in einem Falle Heilung ein: Nach § 21 Eheges. ist eine Ehe nichtig, wenn die Eheschließung nicht in der durch § 17 Eheges. geschriebenen Form stattgefunden hat. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift ist die Ehe jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn die Ehegatten nach der Eheschließung 5 Jahre oder, falls einer von ihnen vorher verstorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens 3 Jahre als Ehegatten miteinander gelebt haben, es sei denn, daß bei Ablauf der 5 Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Ehegatten die Nichtigkeitsklage erhoben ist.

Streitig ist, ob von den vorerwähnten, gesetzlich geregelten Fällen der Heilung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften durch Erfüllung abgesehen, auch in anderen Fällen eine Heilung in gleicher Weise eintreten kann. Die an bestimmten Stellen der angezogenen Gesetze nämlich des BGB, der ZPO, des Ehegesetzes und des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausdrücklich ausgesprochenen Heilungsmöglichkeiten haben zahlreiche Schriftsteller zu der Auffassung geführt, daß es sich dabei um Enumerativbestimmungen handele, die eine Ausdehnung auf andere Fälle von Formverletzungen im Wege der Analogie verböten. In diesem Sinne haben sich auch die Motive, der RGR-Kommentar, Palandt, Planck-Flad, Oertmann, der RGR-Kom. zum HGB, Warneyer, die älteren Auflagen von Staudinger und Enneccerus-Nipperdey ausgesprochen.[166] Auch das Reichsgericht verneint in ständiger Rechtsprechung die analoge Anwendbarkeit der bestehenden gesetzlichen Heilungsvorschriften auf andere Fälle. Die gleiche Ansicht vertreten auch einige Oberlandesgerichte.[167] Nach herrschender Meinung kön-

---

164) RGR-Kom., Erl. 6 zu § 125 BGB, S. 255 unten, unter Berufung auf RGZ. 52, 4; 54, 109; 61, 251.

165) Palandt-Kom., Erl. 14a zu § 313, S. 326.

166) Vgl. Motive I, 183; RGR-Kom., Erl. 2 zu § 125, S. 252; daselbst Palandt, Erl. 4, S. 93; Planck-Flad, Erl. 3d, S. 316; Oertmann-Kom., Erl. 4a, S. 438, zweifelnd aber bei beiderseitiger bewußter Erfüllung; Warneyer-Kom., Erl. I, S. 206; RGR-Kom. zum HGB., Erl. 83 ff. zu § 350 HGB; Ennec.-Nipperdey, § 145, III, 2, S. 476; vgl. auch Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. 1, § 64, 5, S. 221/11.

167) RGZ. 54, 418; 67, 208; 76, 3; 129, 123; 137, 175, OLG. 8, 35, 17, 376; OLG. München in Seuf. A. Bd. 67, Nr. 34.

nen formnichtige Verträge nur durch Neuvornahme zu gültigen Rechtsgeschäften werden.[168]

Gegenüber dieser Ansicht ist Hachenburg der Meinung, der Gedanke der Heilung sei die Konsequenz aus der Bestimmung des Formzwanges. Es ergebe sich hieraus leicht die Anwendung des Konvaleszenzprinzips auf die andern Fälle, die eine Formvorschrift als Warnungsruf enthielten.[169]

Regelsberger führt aus, die Jurispurdenz dürfe bei der Beantwortung der Frage, ob die analoge Anwendung der Heilungsvorschriften möglich sei, nicht von dem Schweigen des Gesetzes ausgehen. Eine tiefergehende Erwägung müsse vor allem den Zweck feststellen, der mit dem Formgebot in den mit der Konvaleszenzklausel versehenen Gesetzesnormen angestrebt werde. Als solcher sei unschwer zu erkennen: Schutz vor einem unüberlegten Willensentschluß, auch wohl Sicherheit über das Dasein eines Verpflichtungswillens im Gegensatz zum bloßen Inaussichtstellen künftiger Verpflichtung. Die Zweifel nach beiden Richtungen würden durch die Erfüllung des Versprechens beseitigt. Hierauf dürfe der Satz gebaut werden, die heilende Kraft der Erfüllung gelte für alle Formgebote, die ihren Grund in den angeführten Zwecken und nur in diesen hätten.[170]

Von Tuhr, Oertmann und Staudinger äußern sich dahin, auch wer die Meinung, daß die in Kenntnis des Formmangels geschehene vorbehaltlose Erfüllungsannahme allgemein den Formmangel heile, für die Fälle, in welchen die Formvorschrift auf Gesetz beruhe, ablehne, werde sie doch dann gelten lassen müssen, wenn gewillkürter Formzwang vorliege; denn in der bewußten Nichteinhaltung der von den Parteien gewählten Form durch diese selbst sei eben nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen im Zweifel eine (natürlich zulässige) Wiederaufhebung der rechtsgeschäftlichen Formbestimmung zu erblicken.[171] Dieser Begründung folgen auch die Motive, wenn dort gesagt wird: „. . . Beruht die Notwendigkeit einer besonderen Form auf dem Willen der Beteiligten, so ist die Zurückforderung des Geleisteten . . dann ausgeschlossen, wenn nach den Umständen des Falles in der Leistung und deren Annahme ein Abgehen der Beteiligten von der auf die besondere Form bezüglichen Vereinbarung zu finden ist; wie es in ihrem Belieben steht, die Form zu bestimmen, so können sie auch diese Bestimmung wiederaufheben".[172]

Dem kann Folge geleistet werden; denn es ist nicht einzusehen,

168) RGZ. 61, 264; 89, 436.
169) Vgl. Hachenburg: Vorträge, S. 96.
170) Regelsberger: Gesetz und Rechtsanwendung, in: Iherings Jahrb. Bd. 58, S. 171.
171) Tuhr, Bd. 2, I, § 63, S. 530; Oertmann-Kom., Erl. 4b zu § 125; am gleichen Ort Staudinger-Kom., Erl. II, 5 am Schluß, S. 639.
172) Motive I, S. 183.

warum nicht die Parteien mit dem stärksten Mittel der Bekundung ihrer Vertragstreue, nämlich mit der Erfüllung, in der Lage sein sollten, im Falle der freiwilligen Unterwerfung unter den Formzwang Formmängel durch freiwilliges Abgehen gegenstandslos zu machen. Man sollte aber in diesen Fällen besser von einer stillschweigenden Neuvornahme des Rechtsgeschäfts sprechen, wenn als Begründung für die Heilung die Möglichkeit des nachträglichen, freiwilligen Abgehens von der Willkürform angeführt wird; denn wenn die Parteien von der Form abgehen, so kehren sie sich der Formfreiheit zu, wollen also gar nicht etwas Krankes heilen, sondern gleich etwas Gesundes schaffen. Staudinger müßte also mit der von ihm für die Heilungsmöglichkeit der Formmängel bei rechtsgeschäftlicher Form gegebenen Begründung folgerichtiger zu der Auffassung kommen, daß hier die Wirksamkeit des von den Parteien geäußerten Rechtsfolgewillens nicht aus der Heilung ihrer in fehlerhafter Form abgegebenen Erklärungen, vielmehr daraus folgt, daß diese Erklärungen durch die beiderseits vorbehaltlose Erfüllungsannahme erneut abgegeben werden. Wenn dies auch nicht mündlich geschieht, so eben doch durch schlüssiges Verhalten, was nach herrschender Ansicht den Erklärungswert nicht mindert.

Ueber die Fälle des rechtsgeschäftlichen Formzwanges hinaus eine Heilungsmöglichkeit auch für alle Fälle des gesetzlichen Formzwangs anzunehmen, wie Staudinger will[173], erscheint bedenklich. Staudinger führt den Grundgedanken von Treu und Glauben für seine Auffassung ins Feld und meint, ein Formalvertrag werde geheilt, wenn eine Vertragspartei die ihr trotz etwaiger Formmängel angebotene Erfüllung in Kenntnis des Formmangels vorbehaltlos annehme; denn damit gebe sie kund, daß sie selbst den Vertrag als wirksam ansehe und erwecke beim Geschäftsgegner die gerechtfertigte Erwartung, daß sie trotz des Formfehlers nun ihrerseits auch die Gegenleistung bewirken werde. Diese von ihr selbst erregte Erwartung dürfe sie nicht enttäuschen.

Dem halten die Motive zutreffend entgegen, daß, wenn die Form durch Gesetz vorgeschrieben sei, die freiwillige Erfüllung an der Nichtigkeit des Vertrages und den Nichtigkeitsfolgen schlechterdings nichts ändere; der in der Erfüllung liegenden formlosen Willensäußerung könne keine andere Bedeutung zukommen als der vorangegangenen, der gesetzlichen Form ermangelnden Erklärung.[174]

Die herrschende Meinung folgert die Verneinung die Frage nach der analogen Anwendbarkeit der bestehenden Heilungsvorschriften auf allgemein alle Formgeschäfte aus der Art der Gesetzgebung und zwar unter Hinweis auf den dort enumerativen Charakter der

---

173) Staudinger-Kom., Erl. II, 5 zu § 125, S. 683; Eine Ausdehnung der Heilungsvorschriften empfiehlt auch Lange: Die Eindämmung von Nichtigkeit, in: Arch. Ziv. Prax. Bd. 144 der Gesamtfolge S. 149 ff.

174) Motive I, S. 183.

Heilungsvorschriften. Wenn der Gesetzgeber eine allgemeine Heilbarkeit hätte annehmen wollen, so sagt man, so hätte er dies entweder in einer entsprechenden Vorschrift des Allgemeinen Teils des BGB gesagt oder aber unter Verzicht auf jegliche Heilungsvorschrift im Gesetz die Ausgestaltung des Gedankens der Heilbarkeit von Formgeschäften der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen hätte. Da weder das eine noch das andere geschehen sei, müsse man als Grundgedanken des Gesetzes die Beschränkung der Heilbarkeit von formbedürftigen, aber der Form ermangelnden Rechtsgeschäften auf die im Gesetz bezeichneten Fälle annehmen. Obwohl der Gedanke der Ausdehnung der Heilungsvorschriften verlockend erscheint, wird man sich der Argumentation der herrschenden Meinung nicht verschließen können und ihr Gefolgschaft zu leisten haben.

Der bei Staudinger zum Ausdruck gebrachte Gedanke, daß bei vorbehaltloser Erfüllungsannahme das Festhalten an der Nichtigkeit weder der Billigkeit noch dem praktischen Bedürfnis entspreche, wird aber auch von der herrschenden Meinung nicht verkannt. Nur hat man den gewagten Weg der Ausdehnung des Heilungsgedankens auf alle Formalgeschäfte vermieden und durch Heranziehung eines im Gesetz selbst enthaltenen Grundgedankens einen Rechtsbehelf geschaffen, der zwar nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beseitigt, wohl aber ihre Folgen mildert. Es handelt sich um den Rechtsbehelf der Einrede der Arglist, den wir im Folgenden besprechen wollen.

II. Die Einrede der Arglist als Rechtsbehelf gegenüber der Berufung auf Formmängel und auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

1. Allgemeines zum Begriff und Wesen der Arglisteinrede

Unter dem Rechtsbehelf der Einrede der Arglist gegenüber der Berufung einer Vertragspartei auf die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Formmangels versteht man die Entkräftung dieser Berufung auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts durch die Einlassung der andern Partei, dies Vorbringen verstoße gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten. Als Rechtsfolge soll sich für die vertragsgetreue Partei aus dieser Einlassung ergeben, daß sie sich wider Treu und Glauben oder entgegen den guten Sitten auf die Formnichtigkeit berufende Partei im Hinblick auf die Entwicklung der vertraglichen Beziehungen zwischen den Kontrahenten, insbesondere wegen der Vertragstreue der anderen Partei, aus den auch nicht formgerecht getroffenen Vereinbarungen rechtswirksam in Anspruch genommen werden kann, und zwar so, als ob keine Formnichtigkeit vorläge.

Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhange die Frage erörtert, ob das Reichsgericht die Einlassung der vertragsgetreuen

Partei begrifflich richtig als Einrede bezeichne. Besonders eingehend behandelt Tasche diese Frage.[174a]

Daß die vom RG mit Hilfe der Arglisteinrede gewonnenen Ergebnisse befriedigen und daran festzuhalten ist, bezeichnet Tasche unter Berufung auf zahlreiche Quellen als herrschende Meinung.[174b] Indessen verwirft er die vom RG gewählte Konstruktion des RG, so führt er, gestützt auf Matthiessen und Epping aus, halte einer kritischen Nachprüfung nicht stand. Man könne nicht sagen, die Berufung auf den Formmangel widerspreche Treu und Glauben und deswegen müsse die Berufung auf den Formmangel mit Hilfe der Einrede (der Arglist oder der unzulässigen Rechtsausübung) geschlagen werden; denn der Formmangel sei vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen, die Berufung einer Partei auf einen Formmangel sei also rechtlich ohne jede Bedeutung und stelle nur einen Hinweis für das Gericht dar, den Formmangel nicht zu übersehen; auch ohne einen solchen Hinweis müsse das Gericht den Formmangel von Amts wegen beachten und die sich aus ihm ergebenden rechtlichen Folgen ziehen; schließlich seien die Parteien zu wahrheitsgemäßem Vorbringen verpflichtet und müßten daher den Formmangel zur Kenntnis des Gerichts bringen. Wenn aber hiernach die Berufung auf den Formmangel schon rechtlich völlig bedeutungslos sei, dann könne man ihr nicht dadurch Bedeutung verschaffen, daß man ihr mit Hilfe einer Einrede noch einmal besonders ihre Bedeutung nehme.

Den Ausführungen Tasches ist zuzugeben, daß sie wissenschaftlich unanfechtbar sind; denn wenn die Formnichtigkeit einerseits und der Grundsatz von Treu und Glauben andererseits vom Gericht von Amts wegen Berücksichtigung finden müssen, dann braucht die erfüllungswillige Partei solche Umstände nicht einredeweise geltend zu machen. Daß aber der Hinweis der einen Partei, der andere Kontrahent verstoße mit seiner Berufung auf die Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten, praktisch dennoch den Charakter einer Einrede hat, erhellt aus dem normalen Prozeßverlauf. Einmal nämlich kommt es nur zum Prozeß, wenn eine Vertragspartei sich den getroffenen Vereinbarungen widersetzt, zum andern wird sich dieser Vertragspartner im Rechtsstreit gerade auf den Formmangel berufen, gleichgültig, ob dieser auch von Amts wegen Berücksichtigung findet. Würde nun der Gegner sich nicht auf Treu und Glauben und sein vertragswilliges Verhalten berufen, dann läge für den Richter die Annahme nahe, daß auch der Gegner den Formmangel als Nichtigkeitsgrund gelten lassen wolle. Man wird daher die wissenschaftlichen Bedenken Tasches gegen die Bezeichnung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung als Einrede der Arglist zurückstellen und mit dem

174 a) Tasche a. a. O. S. 114, 115.
174 b) Vgl. die Zitate bei Tasche a. a. O. S. 114, Fußnote 33).

Reichsgericht diesen Einwand zumindest als Einrede im technisch-prozessualen Sinne bezeichnen können.

2. Der Grundsatz von Treu und Glauben als Grundlage für die Zulassung der Arglisteinrede

Wenn die Folgen der Nichtigkeit beseitigt oder gemildert werden sollen, dann muß man bei dem ansetzen, der sich auf die Nichtigkeit beruft. Ließe man nämlich ganz allgemein die Berufung auf die Nichtigkeit zu, so folgte daraus, daß sich aus einem nichtigen Rechtsgeschäft für den sich auf die Nichtigkeit Berufenden niemals eine Leistungspflicht ergeben könnte. Will man aber hinsichtlich der Berufung auf die Nichtigkeit Ausnahmefälle schaffen, dann fragt es sich, was die Schaffung von Ausnahmen rechtfertigen könnte.

In unserer Rechtsordnung gilt der Grundsatz von Treu und Glauben. Das sagt einmal § 157 BGB, der die Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben verlangt; sodann aber auch der § 242, der den Schuldner verpflichtet, seine Leistung nach Treu und Glauben zu bewirken. Schließlich bringt auch die Vorschrift des § 826 diesen Grundsatz zum Ausdruck. Nach den vorbenannten Bestimmungen müßte also im Hinblick auf die Zulässigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit dann eine Ausnahme gelten, wenn der sich auf die Nichtigkeit Berufende mit seinem Verhalten gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstößt. Zwar versagt gegenüber Formvorschriften im allgemeinen die Berufung auf Treu und Glauben; die bloße Nichterfüllung eines formungültigen Vertrages stellt daher noch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten dar.[175] Dagegen hat das Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen die Einrede der Arglist dann zugelassen, wenn die eine Partei die andere in den Irrtum versetzt hat, eine Form sei nicht nötig. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der eine Teil auf den formlosen Abschluß des Vertrages in der Absicht gedrängt hat, den andern Kontrahenten in Sicherheit einzuwiegen oder wenn er den andern vom Abschluß eines formgerechten Vertrages abgehalten hat, um später die Nichtigkeit geltend machen zu können.[176] Arglistig handelt auch, wer die Nichtigkeit eines von ihm abgeschlossenen Vertrages in der Absicht geltend macht, für sich einen Vorteil zu erlangen, den er ohne den Abschluß nicht haben würde.[177] Gegen Treu und Glauben verstößt auch, wer sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft, die er selbst durch eine Täuschung herbeigeführt hat, mag auch die Täuschung nicht gegen besseres Wissen erfolgt sein; nach RGZ 107, 181 wird für die Einrede der Arglist nicht vorausgesetzt, daß die Täuschung

175) RGZ. 82, 304.
176) RG-JW. 1913, 986/16; RG-Warn. Rspr. 1908, Nr. 38; 1919, Nr. 23.
177) RG-Warn. Rspr. 1917, Nr. 16.

durch wissentlich wahrheitswidrige Behauptungen erfolgt ist. Sie greift z. B. dann durch, wenn der Verkäufer dem Käufer auf dessen Frage erklärt hat, eine bereits geleistete Anzahlung auf den Kaufpreis brauche nicht beurkundet zu werden, „es könne nichts passieren", und nachträglich der Verkäufer unter Berufung auf den Formmangel die Auflassung verweigert.[178]

Aber nicht nur das Verhalten des sich auf die Formnichtigkeit Berufenden, wie es sich zur Zeit seiner Geltendmachung charakterisiert, soll die Arglisteinrede rechtfertigen können. Der „Einwand der unzulässigen Rechtsausübung"[179] soll vielmehr auch überall da zugelassen werden, wo die gegenwärtige Geltendmachung der Nichtigkeit unter Berücksichtigung früheren Verhaltens des sich auf die Nichtigkeit berufenden Teils gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstößt[180], also überall da, wo sich nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden die Lossagung vom Vertrage mit dem bisherigen Verhalten des sich lossagenden Teils nicht vereinbaren läßt.[181]

Wer einen andern in den Irrtum versetzt oder darin erhält, der Vertrag sei auch formlos gültig, trotzdem aber die Nichtigkeit geltend macht, muß sich nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts im Verhältnis zu seinem Kontrahenten so behandeln lassen, als ob der Vertrag keine Formmängel aufwiese.

Hat ein Dritter, der ohne Vollmacht bei Vertragsverhandlungen mitwirkte durch Täuschung eine der Vertragsparteien dazu bestimmt, von der Beobachtung der Form abzusehen, so soll die getäuschte Vertragspartei mit der Arglisteinrede nur dann durchdringen, wenn deren Vertragsgegner wußte, daß das Verhalten des Dritten auf Irreführung des andern Kontrahenten gerichtet war.[182]

Das Reichsgericht stellt es für die Frage nach der Nichtbeachtung von Formmängeln in der Entscheidung RGZ. 157, 207 (209) ganz allgemein darauf ab, ob es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen des Einzelfalles Treu und Glauben widersprechen würde, Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen. Liegt nichts weiter vor, als daß beide Parteien, bewußt oder unbewußt, gegen eine Formvorschrift verstoßen haben, so verstößt die Rüge des Formmangels nicht ohne weiteres gegen Treu und Glauben.[183] Haben beide Teile beim Vertragsschluß die Notwendigkeit der Form gekannt, so kommt die Einrede der Arglist

178) RGZ. 107, 357.
179) Palandt-Kom., Erl. 2 zu § 125 BGB, S. 92 unten, der Ausdruck stammt von Siebert; übernommen u. a. von Palandt.
180) RGZ. 71, 425; 76, 354; 85, 120; 86, 192; 87, 282; 121, 14; RG-JW. 1927, 973/8; JW. 1936, 1213/6; 1938, 1721/11.
181) RG-JW. 1938, 1023.
182) RG. vom 8. 1. 1929, zitiert im RGR-Kom., Erl. 1, a, S. 249.
183) RGZ. 153, 59; RG-HRR. 1938, NR. 503; RG-Warn. Rspr. 1927, Nr. 135, RG-JW. 1928, 2437/3; 1935, 505/1936, 1826/3, vgl. auch Tasche a. a. O., Seite 123, V.

selbst dann nicht in Betracht, wenn der Veräußerer eines Grundstücks, ohne einen formgerechten Vertrag zu schließen, sein Ehrenwort gegeben hat, daß er auch ohne formgerechten Vertrag seine formlos übernommene Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums erfüllen werde.[184]

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß sich die Beantwortung der Frage, ob sich für den erfüllungswilligen Vertragspartner aus einem an sich der Form ganz oder teilweise ermangelnden Vertrage gegenüber dem sich auf Nichtigkeit berufenden kontrahenten Rechte wie aus einem gültigen Vertrage ergeben, immer danach richtet, ob nach dem bisherigen Verhalten eines oder beider Vertragsteile und der infolgedessen eingetretenen tatsächlichen Entwicklung der Verhältnisse eine befriedigende Lösung, eine im Sinne des Gemeinschaftsgedankens befriedigende Ordnung und Abwicklung der Beziehungen der Beteiligten die Anwendung von Vertragsgrundsätzen erfordert oder nicht. Man wird also den Grundsatz zu befolgen haben, daß die Vernichtung eines Vertrages um so mehr abgelehnt werden muß, je mehr sich ein Vertragsverhältnis fortentwickelt und wieder zur Grundlage für neue Maßnahmen geworden ist.[184a]

Schluß. Der Nachweis von Nebenabreden

A) Der Nachweis von Nebenabreden im allgemeinen

Vorbemerkung

Schon in der Einleitung haben wir darauf hingewiesen, daß die Beantwortung der Frage des Nachweises von Nebenabreden unerläßlich ist, da praktisch die Bedeutung der Nebenabreden für das gesamte Vertragsverhältnis der Parteien erst dann eine Rolle spielt, wenn Raum für ihre Berücksichtigung geschaffen ist.[185] Im Folgenden soll also dargestellt werden, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit überhaupt die Behauptung einer Partei Berücksichtigung finden kann, es seien Nebenvereinbarungen getroffen. Es fragt sich nämlich, ob der sich auf eine Nebenabrede Berufende nur die Behauptung von deren Existenz aufzustellen braucht, oder ob er darüber hinaus darlegen muß, warum die Nebenabrede nicht mit in den Vertrag aufgenommen worden ist.

In Rechtsprechung und Schrifttum findet diese Frage keine einheitliche Beantwortung.

I. Die Stellungnahme der Rechtsprechung zur Frage des Nachweises von Nebenabreden

In einer Entscheidung im 52. Bande, S. 23 bezeichnet das Reichsgericht die bloße Behauptung einer Nebenabrede als unge-

184) RGZ. 117, 121.
184a) Vgl. Tasche a. a. O. S. 122, V und Fußnote 57.
185) Vgl. dort unter C) am Schluß.

nügend. Es heißt dort: Wer mündliche Vereinbarungen vor oder bei Abschluß des formellen Vertrages gegen dessen Inhalt behaupte, könne damit solange nicht gehört werden, als er nicht weiter darlege, daß, entgegen der Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde, auch das mündlich Besprochene habe gelten sollen, und also die Schrift unvollständig oder unrichtig sei. Diese Darlegung könne selbstverständlich auch durch den Nachweis von Umständen erfolgen, die erkennbar einen Schluß auf die Geltung mündlicher Abreden neben der Urkunde zuließen.

Das Reichsgericht verlangt in dieser Entscheidung also nicht direkt eine Darlegung, warum die Nebenabrede nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist. Wenn es aber ausdrücklich den Nachweis der Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Vertragsurkunde fordert, so wird dieser Nachweis praktisch in der Regel doch nur durch die Darlegung der Umstände erbracht werden können, die zur Nichtaufnahme der Nebenabreden in die Urkunde geführt haben. Es müßte also z. B. unter Beweis gestellt werden, daß etwa die Nichtaufnahme in der ausgesprochenen Absicht erfolgt ist, die Nebenabrede vor einem Dritten geheim zu halten, oder daß beide Parteien oder eine von ihnen die Aufnahme der Nebenabrede in die Urkunde für überflüssig erklärt hat.[186]

In einer späteren Entscheidung[187] dagegen erklärt das Reichsgericht, darüber, wie es komme, daß die Nebenabreden in die Urkunde nicht aufgenommen seien, brauche regelmäßig keine besondere Darlegung zu erfolgen. Dies kommt auch in der Entscheidung JW. 1915, 506/6 zum Ausdruck, wenn es dort heißt, daß sich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht der allgemeine Grundsatz entnehmen lasse, der Beweispflicht könne immer nur durch die Darlegung bestimmter Umstände genügt werden, warum die Aufnahme der Nebenabreden in die Urkunde unterblieben sei.

Eine Entscheidung vom 20. Dezember 1916[188] beruft sich wiederum auf die in der Entscheidung 52, 23 gegebenen Richtlinien und mißt damit der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde die weitere Bedeutung zu, daß aufgrund der Vermutung die Behauptungs- und Darlegungslast sich nicht allein darauf erstrecke, daß formlose Nebenabreden getroffen seien, sondern auch darauf, warum diese nicht auch Aufnahme in der Urkunde gefunden hätten.

II. Die Stellungnahme des Schrifttums

Auch im Schrifttum herrscht über die Frage, in welchem Sinne gegenüber der Vermutung der Vollständigkeit der Formalerklärungen im Hinblick auf Nebenvereinbarungen eine Behauptungs- und Darlegungslast bestehen soll, keine Einigkeit.

186) RG-JW. 1911, 534/5.
187) RGZ. 103, 157.
188) RG-Warn. Rspr. 1917, Nr. 100.

Der RGR-Kommentar will die Anforderungen an den Beweis des sich auf Nebenabreden Berufenden verschieden bestimmen, je nach der inhaltlichen Erheblichkeit der Nebenvereinbarung und der Lage des Einzelfalles. Er führt aus:

„Den Nachweis, daß eine mündliche Nebenabrede Teil des Vertrages sei, hat gegenüber der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der urkundlichen Erklärung an sich derjenige zu führen, der die Abrede geltend machen will. Dazu kann aber, falls die Vermutung ihrer Bedeutung nicht wieder entkleidet werden soll, nicht schon grundsätzlich die bloße Behauptung genügen, daß vor oder bei dem schriftlichen (förmlichen) Vertragsabschlusse eine solche Abrede überhaupt getroffen worden ist. Da vielmehr für die rechtliche Erheblichkeit der mündlichen Nebenabrede notwendige Voraussetzung immer bleibt, daß die Abrede nach dem Willen der Parteien Bestandteil des Vertrages sein sollte und mithin bei einer im Voraus getroffenen Abrede erforderlich bleibt, daß die Parteien an ihr trotz ihrer Nichtberücksichtigung in der Urkunde bis zuletzt haben festhalten wollen, so muß auch die Erfüllung dieser Voraussetzungen von der an sich beweispflichtigen Partei zum mindesten wahrscheinlich gemacht werden. Wenn in RGZ. 103, 157 gesagt ist, darüber, wie es komme, daß das mündliche Abkommen in die Urkunde nicht aufgenommen sei, brauche regelmäßig keine besondere Darlegung zu erfolgen, so ist das bedenklich und kann jedenfalls nicht aus den Urteilen RGZ. 52, 25; 65, 99; 88, 372 entnommen werden. Vielmehr wird je nach der Lage des Falles und insbesondere nach der inhaltlichen Erheblichkeit der Abrede die Beweisanforderung strenger oder weniger streng zu stellen sein. Bei einer Abrede, die sachlich so erheblich ist, daß schon an sich die Annahme begründet scheint, die Parteien haben an ihr dauernd festhalten wollen, oder wenn sich die Richtigkeit dieser Annahme aus dem ganzen Vertragszwecke ergibt, wird möglicherweise schon darin eine genügende Erhärtung der Behauptung des Beweispflichtigen zu finden sein. Dabei können auch schon frühere Umstände den vollen Vertragswillen ausreichend ergeben. Handelt es sich dagegen um eine Abrede minder erheblichen oder außergewöhnlichen Inhalts (beispielsweise um Verzicht auf die Gewährleistung oder andererseits um eine Garantieleistung), dann wird sich ein gewisser Schluß darauf, daß die Abrede auch noch bei Vollziehung des Vertrages (§ 126) als maßgebend erachtet worden, regelmäßig nur dann ergeben, wenn auch wahrscheinlich gemacht wird, weshalb die Aufnahme der Abrede in die Vertragsurkunde unterblieben ist. Ein allgemeiner Grundsatz aber, des Inhalts, der Beweispflicht könne immer nur dann genügt sein, wenn durch Anführung bestimmter Umstände dargetan worden, weshalb die Nebenabrede nicht in die Urkunde aufgenommen worden sei, läßt sich nicht aufstellen".[189]

189) RGR-Kom., Erl. 6 zu § 125 BGB, S. 255/56.

Aehnlich sprechen sich die Kommentare von Soergel, Warneyer und Palandt zu § 125 BGB aus.[190]

Staudinger dagegen sagt, die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde könne nicht nur durch den Nachweis besonderer Umstände entkräftet werden, wegen deren die mündliche Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen sei; es genüge vielmehr auch, wenn beide Parteien zugäben, daß sie überhaupt zur Zeit der Errichtung der Urkunde übereinstimmend den Rechtsbestand einer nichtbeurkundeten Abrede gewollt hätten oder wenn aus der gem. den §§ 133/157 BGB vorzunehmenden Auslegung folge, daß eine bei den Verhandlungen getroffene Abrede nur deshalb nicht mit besonderen ausdrücklichen Worten in die Urkunde aufgenommen worden sei, weil sie sich für die Vertragsschließenden aus den aufgenommenen Bestimmungen als selbstverständlich ergeben hätte und somit implicite in der Urkunde enthalten gewesen sei.[191]

III. Eigene Stellungnahme

Staudinger lehnt also die Auffassung ab, daß gegenüber der Vermutung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde sich die Beweislast für Nebenabreden auch auf die Darlegung von Umständen erstreckt, aus denen die Formalisierung unterblieben ist. Meines Erachtens zu Recht: eine Veranlassung zur Erweiterung der Darlegungslast liegt nicht vor; denn die „Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde", von der im Schrifttum und in der Rechtsprechung gelegentlich der Frage des Nachweises von Nebenabreden so viel gesprochen wird, ist nicht für die Frage nach dem Umfange der Darlegungslast, sondern bestenfalls für die Beweislast von Bedeutung. Aber auch hierfür ist die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit eigentlich überflüssig; denn schon aus den allgemeinen Grundsätzen über die Behauptungs- und Beweislast im Prozeß ergibt sich, daß derjenige, der einen Anspruch oder eine Einrede auf eine bestimmte Vereinbarung stützt, für diese die Last des Beweises trägt. Unnötig jedenfalls und m. E. unrichtig ist es, wie es in Urteilen zumeist geschieht, bei der Behandlung der Frage des Nachweises von Nebenabreden von der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde auszugehen. Denn die Vermutung kann erst dann Platz greifen, wenn die Beweislast streitig ist und entschieden werden muß, ob und welche der Parteien den Beweis schuldig geblieben ist.

Aus dem Gesagten folgt, daß nicht einer Partei der Nachweis einer außergewöhnlichen oder mit dem formalisierten Vertragsinhalt im Widerspruch stehenden Nebenabrede mit der Begründung abge-

190) Soergel-Kom., Erl. 4c, S. 154/55; Warneyer-Kom., Erl. III, S. 207/8; Palandt-Kom., Erl. 5, S. 93 zu § 125 BGB.

191) Staudinger-Kom., Erl. I 5b zu § 125, S., 634/35.

schnitten werden kann, daß schon ihr ungewöhnlicher Inhalt oder der Umstand, daß sie im Widerspruch zu dem Inhalt der Vertragsurkunde stehe, ihre Existenz als ausgeschlossen erscheinen lasse.

B) Beschränkung des Nachweises von Nebenabreden gegenüber Bestätigungsschreiben

I. Die Unzulässigkeit des Nachweises von Nebenabreden als allgemeiner Grundsatz

Gegenüber dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben soll eine Berufung auf mündliche Nebenvereinbarungen im Grundsatz ausgeschlossen sein. Gemeint sind hier die Bestätigungsschreiben, die eine Zusammenfassung und Bestätigung aller zwischen den Vertragsparteien getroffenen Abreden bezwecken und die auch zumeist eine Ausschlußklausel für Nebenabreden enthalten. Wer sich als Empfänger eines solchen Bestätigungsschreibens auf mündlich abweichende oder über den Inhalt des Bestätigungsschreibens hinausgehende Abreden getroffen[192], soll mit dieser Behauptung nicht gehört werden, weil der Sinn dieser Bestätigungsschreiben gerade darin liegt, die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Vertragsschließenden erschöpfend zum Ausdruck zu bringen. Das Gesagte gilt insbesondere dann, wenn der Empfänger des Bestätigungsschreibens keinen Widerspruch gegen dessen Inhalt erhoben hat[193], selbst wenn das Bestätigungsschreiben Abweichungen nicht nur im Hinblick auf Nebenpunkte aufweist.[194]

Die Antwort auf die Frage, ob die hier wiedergegebenen Grundsätze auch im Verhältnis zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten gelten, soll sich nach der Rechtssprechung aus der Lage des Einzelfalles, unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, ergeben.[195] Auch von dem Nichtkaufmann wird man einen Widerspruch — allerdings ohne die für Kaufleute geltende kurze Frist — verlangen müssen, wenn sich Abweichungen zwischen dem Inhalt des Bestätigungsschreibens und dem tatsächlichen Vereinbarten ergeben, und sich das Bestätigungsschreiben erkennbar als die Zusammenfassung der vertraglichen Vereinbarungen darstellt.

II. Ausnahmen von dem Grundsatz des unzulässigen Nachweises von Nebenabreden gegenüber Bestätigungsschreiben

Eine Ausnahme von dem Grundsatze der Unzulässigkeit der Berufung auf mündliche Abreden neben kaufmännischen Bestätigungsschreiben gilt dann, wenn der Absender dem Schreiben arg-

192) Beispiel: RG-Warn. Rspr. 1920, Nr. 5.
193) RG-JW. 1918, 769/6; 1921, 234/5.
194) RG-Warn.Rspr. 1919, Nr. 50.
195) RG-LZ. 1920, 755/1.

listig einen andern, als den mündlich besprochenen Vertragsinhalt gibt. Der Empfänger ist in diesem Falle selbst bei nicht rechtzeitigem Widerspruch zur Geltendmachung der Einrede der unrichtigen Vertragswiedergabe gegenüber der Berufung des Absenders auf den Inhalt des Bestätigungsschreibens befugt.[196]

Auch wenn es sich bei dem Bestätigungsschreiben im Gegensatz zu einer Urkunde mit rechtserzeugendem Inhalt nur um ein schlichtes Beweismittel handelt, soll der Nachweis weiterer, nicht in das Bestätigungsschreiben aufgenommener Abreden zulässig sein.[197]

---

196) RGZ. 95, 48.

197) RG-Recht 1918, Nr. 661; OLG Dresden in Seuf. A. Bd. 73, 150; vgl. aber auch Staub-Kom., Erl. 71 zu § 350 und Erl. 38 zu § 372 HGB.

Lebenslauf

Am 23. Juni 1912 wurde ich in Vechelde bei Braunschweig geboren. Kurz vor Vollendung des zweiten Lebensjahres trat infolge einer notwendigen Augenoperation der Verlust meines Sehvermögens ein. Daher besuchte ich nach Erreichung des schulpflichtigen Lebensalters die Grundschule in den Blindenanstalten zu Braunschweig und Hannover. Nachdem ich Ostern 1927 aus der Grundschule der Anstalt in Hannover entlassen war, trat ich zunächst in die übliche blindenhandwerkliche Lehre ein, in der die Ausbildung zum Korbmacher oder Bürstenbinder zu erfolgen pflegt. Diese Lehre sagte mir nicht zu. Deshalb erwirkte ich im November 1927 meine Aufnahme in die Aufbau-Oberschule der Blindenstudienanstalt zu Marburg a. d. Lahn. Diese Schule hatte damals noch kein Prüfungsrecht. Nach sechsjähriger Vorbereitung bestand ich daher als auswärtiger Schüler an der Adolf Hitler-Schule in Marburg am 25. September 1933 die Reifeprüfung.

Zu Beginn des Wintersemesters 1933/34 ließ ich mich bei der Philipps-Universität in Marburg als Student der Rechts- und Staatswissenschaft einschreiben. In der Folgezeit studierte ich teils in Marburg, teils in Berlin und während der letzten Semester in Frankfurt a. M. Hier bestand ich beim Oberlandesgericht am 22. Januar 1938 die erste juristische Staatsprüfung.

Nach meiner Ernennung zum Gerichtsreferendar durchlief ich als Gastreferendar des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. in dessen Bezirk die Stationen des Vorbereitungsdienstes, mit Ausnahme der letzten Station, die ich am Kammergericht in Berlin absolvierte. Der Vorbereitungsdienst fand seinen Abschluß mit der Ablegung der zweiten Juristischen Staatsprüfung vor einer Kommission des Reichs-Justiz-Prüfungsamts in Berlin am 19. Dezember 1941.

Das Examen rigorosum fand am 7. Dezember 1943 statt.